



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska institutionen

Programmet för juris kandidatexamen

Examensarbete, 30 hp

Vt 2011

Avtalsrätt

Former för avtalsslutande i svensk rätt -med inriktning på avtal under förhandlingar

Författare: Desirée Borkmann

Handledare: Ingmar Svensson

Innehåll

Förkortningar.....	5
1 Inledning.....	6
1.1 Introduktion	6
1.2 Syfte och frågeställningar.....	6
1.3 Avgränsningar.....	7
1.4 Metod.....	7
1.5 Disposition.....	7
Del 1 – Introduktion till avtalsrättens regler	9
2 Avtalslagens anbud och accept mekanism.....	9
2.1 Lagmodellen och löftesprincipen	9
2.2 Olika slags avtal	10
2.2 Anbud	11
2.3 Antagande svar	13
2.4 Acceptfristen	14
2.4.1 Allmänt	14
2.4.2 Den konventionella acceptfristen, 2 §.....	15
2.4.3 Uttrycket <i>komma till handa</i>	15
2.4.4 Den legala acceptfristen, 3 §	16
2.4.5 Muntliga avtal.....	17
2.5 För sent lämnad accept, 4 §	17
2.6 Återkallelse av anbud	18
2.7 Avslag, 5 §.....	18
2.8 Oren accept, 6 §	19
2.8.1 Dokumentation av avtalsslutet	20
2.8.2 Reklamationsskyldighet i vissa fall vid oren accept, 6 § 2 st.	21

2.9 Avtalslagens subjektiva utformning	22
2.10 Dold dissens.....	23
3. Realhandlande.....	24
Del 2 Prekontraktuellt handlande och avtal under förhandlingar	25
4. Prekontraktuella stadiet – allmänt.....	25
4.1 Avtalsprocessens olika delar	25
4.2 Förhandlingsbuds rättsliga verkan	25
4.3 Lojalitetsplikt	26
5. Avtalsbundenhet under förhandlingar.....	28
5.1 Inledning.....	28
5.2 Avtalad förhandlingsordning - Avtalad skriftform.....	28
5.2.1 Punctatio	30
5.2.2 Minor details to be agreed upon.....	31
5.2.3 Villkorade avtal.....	31
5.3 Passivitet.....	32
5.4 Successiva avtal	33
5.4.1 Allmänt	33
5.4.2 Successiv bundenhet, stegvis låsning av förhandlingspositionerna.....	33
5.4.3 Successiv avtalsbundenhet - inte möjligt i svensk rätt.....	35
5.4.4 Analys	36
6. Kort om letters of intent och dess rättsverkningar	39
6.2 Analys	41
7. Prekontraktuella påföljder	41
7.1 Allmänt	41
7.2 Culpa in contrahendo	41
7.2.1 Räckvidden av culpa in contrahendo.....	43

8. Det prekontraktuella stadiet – en avslutande kommentar.....	45
Del 3 Avtalslagen de lege ferenda.....	48
9.1 Inledning.....	48
9.2 Sveriges reservation till CISG andra del.....	48
9.3 Behövs en ny avtalslag?.....	49
10. Källförteckning.....	53
10.1 Offentligt tryck	53
10.2 Litteratur	53
10.3 Elektroniska källor	54
10.4 Rättsfall.....	56
10.4.1 Högsta domstolen	56
10.4.2 Hovrätterna	56
10.4.3 Arbetsdomstolen.....	56
10.4.4 Norge.....	56

Förkortningar

AvtL	Lag 1915:218 om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Rt	Norsk retstidende
UCC	Uniform Commercial Code
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

1 Inledning

1.1 Introduktion

Avtalet är det mest kraftfulla medlet i regleringen av en persons förmögenhet. Det är ett i synnerhet dynamiskt och mångfasetterat instrument som dagligen aktualiseras i en mängd olika situationer. En grundläggande fråga inom avtalsrätten är när ett bindande avtal skall anses ha uppkommit. Den naturliga utgångspunkten är att försöka finna stöd i Avtalslagen men den är inte alltid tidsenlig och lämnar inte några uttömmande regler för när ett avtal skall anses ha slutits utan innehåller mer generella former för hur ett avtal skall ingås. Avtalslagen ger således en huvudregel men är genom sin dispositiva karaktär utformad så att det finns möjlighet för avtal att uppstå på andra sätt.

Den nordiska avtalsrätten bygger på tanken att en part skall kunna förlita sig på motpartens agerande och att det i slutändan leder till att ett bindande avtal kommer till stånd. I praktiken är dock lojalitetspliktens legitimitet ifrågasatt och det råder oklarhet i huruvida det går att successivt bli bunden till ett avtal. Det är dock av yttersta vikt att rättstillämpningen är anpassad till den avtalsrättsliga utvecklingen. Avtalslagens modell är enkelt utformad, detta står i kontrast till de kommersiella avtal som numera ingås vilka ofta föregås av komplexa och resurskrävande förhandlingar. Det prekontraktuella stadiet, som många gånger är såväl långdraget som kostsamt för de ingående parterna, har därmed fått en större betydelse i avtalsprocessen. Ett uppmärksammande behöver således ske kring de nya frågor som dagens kommersiella avtal medför, särskilt på det prekontraktuella stadiet.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med detta arbete är att undersöka olika avtalsformer inom svensk rätt med inriktning på huruvida avtalsbundenhet kan uppstå mellan förhandlingsparter under förhandlingar. Förhoppningen är att arbetet skall bidra till att belysa det prekontraktuella stadiets betydelse i avtalsprocessen. Följande delfrågeställningar har använts som utgångspunkt i arbetet:

- Vilka huvudsakliga former finns det för avtalsslutande inom svensk rätt?
- Kan det, enligt den svenska avtalsrätten, uppkomma förpliktelser mellan förhandlingsparter under förhandlingar?

- Erkänns successiv avtalsbundenhet under ett förhandlingsstadie av den svenska rätten?
- Skulle det vara önskvärt tillerkänna prekontraktuella förpliktelser i högre grad än vad som sker idag inom den svenska avtalsrätten?
- Har lagregleringen på avtalsrättens område följt med i den praktiska utvecklingen av dagens förhandlingsavtal?

Utifrån dessa delfrågeställningar skall jag försöka besvara min övergripande frågeställning: Är det möjligt att avtalsbundenhet inträffar mellan förhandlingsparter under förhandlingar inom svensk avtalsrätt?

1.3 Avgränsningar

Även om arbetets utgångspunkt har varit relativt bred har betydande avgränsningar gjorts. Arbetet är avgränsat till att främst studera former för avtalsslutande i svensk avtalsrätt. Följaktligen omfattas inte någon djupare behandling av utländsk rätt. Jag kommer inte att beröra avtalstolkning vilket innebär att i de fall parterna är överens om att ett avtal har ingåtts kommer inte resonemang kring avtalets innehåll, d.v.s. vad som anses avtalat att föras. Arbetet behandlar inte avtal mellan fler än två parter och kommer inte att omfatta mellanmansrättsliga frågor, såsom det förelegat behörighet för tredje man att sluta avtal. Jag har också förutsatt att de båda avtalsparterna har rättslig handlings- och beslutsförmåga att ingå avtal och kommer därmed inte att diskutera ogiltighetsgrunder i sådana avseenden.

1.4 Metod

Jag har främst använt mig av den rättsdogmatiska metoden, således har en genomgång av de traditionella rättskällorna i rättshierarkisk ordning (lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin) gjorts för att utreda arbetets syfte.

1.5 Disposition

Syftet behandlas i tre delar i arbetet. I den första delen ges en introduktion till avtalsrättens regler. Här redovisas avtalslagens modell för avtals ingående grundligt. Realhandlande behandlas översiktligt i denna del och även vissa avtalsrättsliga regler och begrepp tas upp. På detta sätt får läsaren en insikt i avtalsrättsliga metoder och därmed en större förståelse för

arbetets senare, mer praktiska, delar. I den andra delen diskuteras det prekontraktuella handlandet och avtalsformer under förhandlingar samt problem som uppkommer därmed. Här behandlas också påföljden *culpa in contrahendo*. I denna del återfinns mer av den praktiska tillämpningen av avtalsslutande med hjälp av aktuell rättspraxis samt doktrin. Jag gör även, under arbetets gång, en redogörelse för min analys och slutsatser av det material som redovisats. I den tredje, och avslutande delen, ges en kort diskussion kring om det finns behov av en ny avtalslag mot bakgrund av de problem som redovisats i uppsatsen. Jag har då främst inriktat mig på om det behövs en reglering kring successiv avtalsbundenhet.

Del 1 – Introduktion till avtalsrättens regler

2 Avtalslagens anbud och accept mekanism

2.1 Lagmodellen och löftesprincipen

I avtalslagens första kapitel beskrivs lagmodellen för avtals ingående: att utbytande av två överensstämmande rättshandlingar, anbud och accept, leder till ett ingående av avtal. Anbudsgivaren är den som först avger ett löfte som läggs till grund för avtalsinnehållet. Den andra blir anbudstagaren. Lagmodellen är enligt 1 § 2 st. AvtL dispositiv, det finns således möjlighet för parterna att ingå avtal på andra sätt.

Både i dagligt tal och i juridiskt språkbruk talas det om att avtalet är det rättsfaktum som de ömsesidiga förpliktelserna uppkommer i, men i själva verket blir vardera kontrahenten förpliktad genom den av honom givna viljeförklaringen.¹ Enligt 1 § 1 st. är både anbud och accept bindande, det är en legaldefinition som är tvingande till sin karaktär och kan därmed inte förändras genom parters överenskommelse.²

Lagens definition, att det endast är bindande viljeförklaringar som skall anses som anbud och svar, är inte bara en tolkningsregel, som skall tillämpas där inte särskilda omständigheter föranleder något annat, utan också en utmärkande egenskap för anbud och svar.³ Termen *anbud* i 2-9 §§ omfattar således endast sådana anbud som stämmer överens med tolkningsregeln i 1 § 1 st. Om anbudsgivaren menar att denne inte är bunden av sitt anbud kan det inte betraktas som ett anbud i lagens mening, det kan istället anses vara en uppfordran till mottagaren att avge ett anbud enligt 9 §. Den legala definitionen i 1 § är ett undantag från 1 kap. AvtL i övrigt dispositiva regler eftersom 1 § 2 st. hänvisar till 2-9 §§ och inte till 1 § i sig själv.⁴

Löftesprincipen är en grundläggande avtalsrättslig princip som innebär att det ensidiga löftet

¹ Förslag till lag om avtal 1914 s. 37

² Grönfors K, *Avtalslagen* s. 46

³ Förslag till lag om avtal 1914 s. 40

⁴ Almén T och Eklund R, *Lagen om avtal* s. 9

binder och återfinns i AvtL 1 § 1 st. samt 7 § e contrario.⁵ På kontinenten förekommer ofta, istället för löftesprincipen, den från romersk rätt härledda kontraktsteorin⁶ som innebär att anbudet inte blir bindande förrän accepten, således är först det fullbordade avtalet bindande för båda parterna.⁷ Ett avtal kommer till stånd genom utbyte av samstämmiga viljeförklaringar vilket gör det nära till hands att anta kontraktsteorins synsätt, att kontrahenterna blir bundna först i det ögonblick sådan samstämmighet uppnås. Anledningen till att svensk rätt valt motsatsen, löftesprincipen, är att det ansetts vara betydelsefullt för anbudstagaren att få betänketid och möjlighet att vidta åtgärder för att undersöka huruvida denne har intresse av att lämna en accept utan att riskera att anbudet återkallas.⁸ Anbudstagarens benägenhet att överväga och acceptera anbudet ökar om det går att förlita sig på anbudets bestånd.⁹ Anbudsgivaren är dock endast bunden av sitt anbud under den i 2 och 3 §§ stadgade acceptfristen. Det skall också observeras att återkallelse kan göras intill dess anbudstagaren tar del av anbudet enligt 7 §, återkallelsemöjligheten är anpassad så att anbudstagaren skall kunna lita på att anbudet består.¹⁰

Löftesprincipen återfinns redan i den preussiska lagboken från 1794.¹¹ Vid avtalslagens uppkomst var ett av dess mål att reglera löftesprincipen som slagit igenom i nordisk rätt i doktrin och praxis vilket har medfört att anbud-accept modellen i sådan hög utsträckning har fått prägla 1 kap. AvtL.¹²

2.2 Olika slags avtal

I den romerska rätten gjordes skillnad mellan olika kontraktstyper beroende på vad som krävdes för att avtalsbundenhet skulle uppkomma. Då avtalslagen kom till fanns med detta

⁵ Nelson-Bülow H, *Från förhandling till avtal* s. 27

⁶ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 52

⁷ Förslag till lag om avtal 1914 s. 36

⁸ Adlercreutz A, Mulder J B, *Avtal lärobok i allmän avtalsrätt* s. 22

⁹ Förslag till lag om avtal 1914 s.38

¹⁰ Adlercreutz A, *Avtalsrätt 1* s. 52

¹¹ Almén T och Eklund R, *Lagen om avtal* s. 5

¹² Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 58

tankesätt tre typer av avtal; konsensualavtalet, formalavtalet och realavtalet. Den viktigaste formen är konsensualavtalet som utmärks av att det blir bindande utan särskilda formkrav, eller annorlunda uttryckt, det är bindande genom samstämmiga viljeförklaringar. Det gör att konsensualavtalen kan få många olika former, avtalslagens modell är ett exempel. Formalavtalet kräver särskild form för att vara bindande och är uttryckligen undantagen från avtalslagen enligt dess 1 § 3 st.¹³ De förekommer ofta då det är av särskild vikt att undvika förhastade avtal, exempelvis vid fastighetsöverlåtelse.¹⁴ Den tredje formen är realavtalet som blir bindande genom prestation, sådana avtal är idag sällsynta och faller också utanför avtalslagens tillämpningsområde.¹⁵ I den nutida svenska rätten är det dock inte möjligt att utgå från så fasta avtalstyper som den romerska rätten gjorde. Det går förvisso att särskilja en kontraktstyp när den är föremål för något så när fullständig lagstiftning. Skulle det inte finnas någon direkt lagstiftning som är tillämplig får man söka stöd i laganalogier. Om ett avtal inte skulle passa in under någon avtalstyp kan man säga att det är *sui generis*, typ av sig själv.¹⁶

2.2 Anbud

Med anbud menas en viljeförklaring som är bindande, d.v.s. inte kan återkallas, och som alltid kan accepteras med ett avtal som följd.¹⁷ Det är inte uttryckligt reglerat i lagen vad som skall bedömas vara ett anbud, men i princip anses minimikravet vara att det skall vara tillräckligt konkretiserat och riktat mot en bestämd adressat.¹⁸ Enligt allmänna avtalsrättsliga principer förutsättes att anbudet kommit till adressatens kännedom och att det skall ha skett genom åtgärder från anbudsgivarens sida.¹⁹ Det har ansetts olämpligt och obehövligt att införa en precisering i lagtexten om detta eftersom det kan orsaka missuppfattningen att det därigenom införts en allmän regel som fastslår tidpunkten då anbudet kommer till adressatens kännedom som avgörande för det blivande avtalets rättsverkningar. Det är inte heller säkert att de plikter

¹³ Adlercreutz A, *Avtalsrätt I* s. 49 f.

¹⁴ Grauers PH, *Person och avtal* s. 41

¹⁵ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 56

¹⁶ Hellner J, Hager R, Persson H. A, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt* s. 23 f.

¹⁷ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 47

¹⁸ Persson I, Karnov lagkommentar till 1 §

¹⁹ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 59

som avtalet medför uppkommer i samma ögonblick för de båda parterna.²⁰ Har anbudet kommit fram till adressaten respektive till dess kännedom anses anbudet som bindande och kan därmed accepteras av mottagaren med ett bindande avtal som följd.²¹

Viljeförklaringar som uppträder i det dagliga livet utan att göra anspråk på att vara juridiskt bindande måste skiljas från viljeförklaringar enligt avtalslagen. Endast bindande viljeförklaringar räknas som anbud i lagens mening. I praktiken medför skillnaden mellan verkliga viljeförklaringar och juridiskt oförbindande löften sällan några problem.

Bundenheten vid anbud ger inte, som avtalet, en skyldighet till naturaluppfyllelse utan endast en skyldighet att låta anbudet kvarstå med risk för skadestånd enligt allmänna civilrättsliga regler.²²

Anbudet behöver inte vara detaljerat för att kunna användas som underlag för en bedömning av avtalets innehåll, alltså kan ett bindande avtal komma till stånd även om parterna inte kommit överens om alla villkor. Minimikravet för ett anbud kan vara en kortare framställning av prestationen sedan kan avtalet kompletteras i efterhand med hjälp av dispositiva rättsregler, partsbruk, handelsbruk, leveransklausuler o.s.v. En hänvisning till standardvillkor kan också ske medelst referensklausuler. Detta kan innebära en gränsdragningsproblematik mellan ett förstadie till anbud och ett fullgånget sådant. Skyltningar och annonser med erbjudanden till allmänheten anses inte som tillräckligt konkreta och individuella, dock skall hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet.²³

Ett omtalat rättsfall i sammanhanget är *NJA 2000 s 747* då det var fråga om köp av fast egendom. Vid köp av fast egendom används ett formalavtal och således är första kapitlet i avtalslagen ej tillämplig enligt 1§ 3 st. AvtL. I rättsfallet fastslog HD att vid köp av fast egendom när parterna undertecknar köpehandlingen vid skilda tillfällen krävs det även ett utgivande av handlingen efter den sist undertecknande partens signatur. Om handlingen inte överlämnats till motparten skall den åtminstone utgivits till en fristående person hos vilken motparten kan få upplysning om att köpet är avslutat. I fallet ansågs köpet som fullbordat

²⁰ Förslag till lag om avtal 1914 s. 39

²¹ Persson I, Karnov lagkommentar till 1 §

²² Grönfors K, *Avtalslagen* s. 47 f.

²³ Persson I, Karnov lagkommentar till 1 §

genom att köpehandlingen överlämnats till mäklaren men inte genom att den överlämnats till den sist undertecknande partens ombud.

En annan särskild reglering återfinns i 37 och 41 §§ konsumentköplagen. Enligt 37 § har säljaren inte rätt att hålla fast vid köpet och kräva betalning om köparen avbeställer varan innan den avlämnats. Istället har säljaren rätt till ersättning enligt 41 § för särskilda kostnader som han har haft för att ingå och fullgöra avtalet till den del han inte kan tillgodogöra sig dessa på annat sätt, exempel på detta kan vara kostnader för förhandlingar ersättning för särskilda kostnader till följd av hävningen eller avbeställningen samt skälig ersättning för förlust i övrigt. Säljaren har dock inte rätt till ersättning om köparen avbeställer en vara innan säljaren har accepterat ett anbud som köparen lämnat till säljaren. Detta innebär att köparen inte är bunden av sitt anbud och är således fri att avbeställa varan under acceptfristen. Säljaren har inte heller rätt till ersättning om köparen visar att dröjsmålet eller avbeställningen beror på hinder som köparen inte kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte kunde ha undvikit eller övervunnit. Paragrafen ger således uttryck för ett relativt omfattande konsumentskydd.²⁴

Den följande framställningen utgår från att det är ett bindande anbud det rör sig om såvida inget annat anges.

2.3 Antagande svar

Ett antagande svar är, på samma sätt som ett anbud, bindande. Det är oåterkalleligt och en förutsättning för att anbudsgivaren skall fortsätta att vara bunden. Ett avböjande svar har som verkan att anbudets bundenhet tar slut, anbudet förfaller omedelbart enligt 5 § AvtL. Om svaret avges för sent eller avviker från anbudet är det att betraktas som ett avslag i förening med ett nytt anbud enligt 4 och 6 §§ AvtL.²⁵

I den klassiska lagmodellen blir det således anbudstagaren som får det ”sista ordet”. Det finns dock möjlighet att utforma något som skulle kunna uppfattas som en accept på sådant sätt att det istället betraktas som ett anbud. Ett exempel är vid tecknandet av större försäkringar då den presumptive försäkringstagaren fyller i och undertecknar försäkringsgivarens avtalsförslag,

²⁴ Prop. 1989/90:89 s. 151 f.

²⁵ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 48

en ansökan om försäkring. Ansökan betraktas som ett anbud i avtalslagens mening och försäkringsgivarens accept sker genom utfärdandet och översändandet av ett försäkringsbrev till försäkringstagaren.²⁶

2.4 Acceptfristen

2.4.1 Allmänt

Anbudsgivarens bundenhet är i princip tidsbegränsad till den s.k. acceptfristen. Om inte accepten inkommer före utgången av denna tid förfaller i allmänhet anbudet vilket innebär, dels att anbudsgivaren inte längre är bunden, dels att anbudstagaren inte längre kan lägga anbudet till grund för en accept.²⁷

Hur länge anbudet skall vara bindande är i första hand beroende på dess innehåll. Finns det en acceptfrist angivet i anbudet, en s.k. konventionell acceptfrist, finns regler för tolkning av tidsbestämmelserna i 2 §. Innehåller inte anbudet någon sådan bestämmelse tillämpas de materiella reglerna om den legala acceptfristen som anges i 3 §.²⁸ Kommer antagande svar inom utsatt tid är avtal slutet, i annat fall är anbudet utan vidare förfallet. Under vissa omständigheter måste dock anbudsgivaren ge besked om att en sen accept inte godtagits enligt 4 §.²⁹

Att anbudsgivaren skall avvakta svar under en begränsad tid motiveras av samma orsaker som att ett anbud över huvud taget bör vara bindande. Längre tid än vad dessa hänsynstaganden fordrar skall bundenheten inte sträcka sig, såvida inte anbudsgivaren önskar det.³⁰

²⁶ Hellner J, *Försäkringsrätt* s. 114 f.

²⁷ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 62

²⁸ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 81

²⁹ Förslag till lag om avtal 1914 s. 40 f.

³⁰ Almén T och Eklund R, *Lagen om avtal* s. 16

2.4.2 Den konventionella acceptfristen, 2 §

Hur lång svarstiden skall vara är i första hand upp till parterna att bestämma sinsemellan. I 2 § finns bestämmelser för två olika situationer. Första stycket lyder: *Har anbudsgivaren bestämt viss tid för svar, skall han anses hava föreskrivit, att svaret skall inom den tid komma honom till handa.* Med andra ord anses det inte tillräckligt att svaret skickats före utgången av den angivna tiden utan det skall också ha kommit anbudsgivaren till handa inom denna tid.³¹ Om anbudet inte anger från vilken tidpunkt fristen skall börja löpa räknas den från då adressaten har satts i tillfälle att omedelbart ta del av anbudet. När svaret kommer anbudsgivaren till handa slutar fristen att gälla.³²

2.4.3 Uttrycket *komma till handa*

Uttrycket *komma till handa* är ett viktigt lagtekniskt begrepp, som återfinns på flera ställen i avtalslagen.³³ I modern lagtext används istället *komma fram*, se t.ex. 31 § köplagen och art. 24 i den svenska översättningen av CISG.

Vid tillämpningen av bestämmelserna, och i detta fall 2 § AvtL, blir tolkningen av begreppet *komma till handa* betydelsefull. Det skall i allmänhet räcka att viljeförklaringen framkommer till adressaten på sådant sätt att denne omedelbart kan ta del av dess innehåll. Det krävs alltså inte att adressaten verkligen tagit del av viljeförklaringen men den skall finnas tillgänglig för honom, t.ex. genom att den mottagits av honom eller av en behörig representant till honom eller att den finns bland hans post. Genom att knuta rättsverkningarna till denna tidpunkt så blir det inte möjligt för anbudsgivaren att dra sig undan bundenheten till anbudet genom att underlåta att ta del av svaret.³⁴ Tidpunkten är dessutom lätt att bestämma på ett objektivt sätt.³⁵

³¹ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 62

³² Förslag till lag om avtal 1914 s. 41 f.

³³ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 62

³⁴ Förslag till lag om avtal 1914 s. 41 f.

³⁵ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 63

2.4.4 Den legala acceptfristen, 3 §

Om parterna inte har bestämt acceptfristen genom att använda sig av avtalsfriheten beräknas den med hjälp av de materiella reglerna i avtalslagen.

Den s.k. legala acceptfristen består av tre moment; den tid som det tar för anbudet att komma fram till anbudstagaren, tiden som anbudstagaren har för att överväga anbudet, samt den tid som det tar för svaret att komma fram till anbudsgivaren.³⁶ Den legala acceptfristen säkerställer att anbudstagaren erhåller en skälig betänketid.³⁷ Dessa tider har inte en oberoende betydelse utan bildar tillsammans en enhet varav det första och det sista momentet är relativt konstanta och skall med avseende på tidsåtgången inte ta ”nämnevärt längre tid” än som i regel krävs för befordran av meddelanden av liknande slag. Det andra momentet, hur lång tid som anbudsgivaren skall ha på sig att överväga anbudet, beror på omständigheterna i det särskilda fallet. I första hand skall hänsyn tas till avtalets beskaffenhet, t.ex. kräver ett vanligt köpe- eller saluanbud kortare betänketid än ett anbud om övertagande av en affärsrörelse eller om inträde i ett handelsbolag. En kortare acceptfrist är också motiverat om anbudet avser en vara som är föremål för snabba prisväxlingar. Generellt har en enskild person längre betänketid än en affärsman.³⁸

I *NJA 2004 s. 862* kom HD fram till att den legala acceptfristen hade gått ut 24 dagar efter anbudet. Domstolen tryckte på att man måste ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet men att det inte är skäligt att ett anbud skall kunna kvarstå så länge att förutsättningarna för dess avgivande kan antas vara rubbade. HD angav en rad omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av acceptfristens längd vilka stämmer väl överens med vad som angavs i *förslag till lag om avtal* från 1914; avtalets beskaffenhet, om parterna är privatpersoner eller affärsmän, om föremålet för avtalet är utsatt för prisväxlingar, avtalsobjektets värde, kostnaderna för långdragna förhandlingar, om acceptanten var bekant med det tilltänkta avtalets ekonomiska konsekvenser genom tidigare förhandlingar samt om det av parternas föregående avtal kan utläsas något partsbruk angående hur snabbt anbud och accept utväxlas.

³⁶ Förslag till lag om avtal 1914 s. 44 f.

³⁷ Persson I, Karnov lagkommentar till 3 §

³⁸ Förslag till lag om avtal 1914 s. 44 f.

2.4.5 Muntliga avtal

Vid muntliga anbud måste anbudet antas omedelbart. Det kan bara antas så länge anbudet *uppbäres av anbudsgivarens avvaktande hållning*, och denne behöver inte återkalla anbudet utan det räcker med att avlägsna sig eller byta samtalsämne. Anbudstagaren har alltså i dessa fall inte rätt till betänketid såvida det inte har avtalats om detta.³⁹ Eftersom anbudstagarens betänketid är viktig del vid definitionen av ett anbud rör det sig inte längre om ett anbud i vanlig mening och avtalsmekanismen blir således indirekt en annan.⁴⁰ Det kan hävdas att acceptfristen finns kvar men är mycket kort, i så fall skulle det dock röra sig om en annan definition av acceptfrist än vad man vanligtvis menar.⁴¹

2.5 För sent lämnad accept, 4 §

Som nämnts ovan betraktas en för sent lämnad accept som avslag i förening med ett nytt anbud enligt 4 § AvtL, som den ursprungliga anbudsgivaren kan anta inom den i 3 § stadgade tiden. Enligt 4 § 2 st. blir detta dock inte tillämpligt om den som avsänder accepten utgår från att den sänds i rätt tid och anbudsgivaren inser detta. I dessa fall måste anbudsgivaren utan oskäligt uppehåll underrätta avsändaren för att inte bli bunden av avtalet. Om anbudstagaren inte känner till att accepten kommit fram för sent utgår denne från att ett avtal slutits. Framgår det t.ex. av svarets datum eller av andra omständigheter att den som sänt accepten utgått från att den kommit fram i rätt tid bör det åligga anbudsgivaren att underrätta att svaret inte har godtagits, annars skulle anbudsgivaren kunna spekulera otillbörligt på anbudstagarens bekostnad. Anbudsgivaren har således en reklamationskyldighet till anbudstagaren i dessa fall. Även i de fall då accepten avsänts för sent men avsändaren har föreställningen att svaret skulle komma fram i rätt tid, särskilt om någon acceptfrist inte blivit utsatt i anbudet, torde anbudsgivarens reklamationskyldighet stå fast. För att fullgöra reklamationskyldigheten och inte bli bunden av avtalet måste anbudsgivaren underrätta anbudstagaren att anbudsgivaren inte godtar accepten, det räcker inte att meddela att accepten inkommit för sent. Meddelandet går på adressatens risk enligt 40 §.⁴²

³⁹ A.a. s. 46

⁴⁰ Persson I, Karnov lagkommentar till 3 §

⁴¹ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 59

⁴² Almén T och Eklund R, *Lagen om avtal* s. 20 f.f.

2.6 Återkallelse av anbud

Anbudsgivarens bundenhet till anbudet medför inte, som avtalet, en förpliktelse till naturaluppfyllelse utan endast en skyldighet att låta anbudet stå kvar med risk för skadestånd enligt allmänna civilrättsliga regler. Anbudet kan dock inte återopas av anbudstagaren om anbudsgivaren stoppar det på vägen, oavsett om anbudstagaren på annat sätt fått kunskap om anbudet. Anbudet skall, som nämnts ovan, således komma till anbudstagarens kännedom genom åtgärder från anbudsgivarens sida. Av betydelse i sammanhanget är den begränsade återkallelsemöjligheten enligt 7 § AvtL. Om anbudsgivaren återkallar anbudet anses det inte som bindande under förutsättning att återkallelsen kommer anbudstagaren till handa innan denne tar del av anbudet eller senast samtidigt därmed. Återkallelsen är ofta förbunden med ett nytt anbud, som många gånger enbart innebär en modifikation, t.ex. en rättelse, av det ursprungliga.

Kommer en återkallelse in senare än ovan nämnda tidpunkt kan den tillmätas betydelse om den innebär en rättelse av ett misstag i anbudet och kommer till anbudstagarens kännedom innan anbudet inverkat bestämmande på hans handlingssätt enligt 39 § 2 st. AvtL. Vid bedömningen av anbudstagarens goda tro angående anbudsgivarens avsikt skall hänsyn tas till omständigheter som var, eller borde ha varit, kända för honom. Anbudstagarens onda tro angående anbudsgivarens avsikt kan således medföra liknande konsekvenser som en återkallelserätt.⁴³

Avtalslagen bygger till stor del på att man skall kunna fästa tillit vid avgivna förklaringar och lägga dem till grund för sitt eget handlande och därför är återkallelsemöjligheten mycket begränsad i lagmodellen.⁴⁴

2.7 Avslag, 5 §

Om ett svar som avslår anbudet kommer in innan acceptfristens utgång är anbudet förfallet och acceptfristen upphör enligt 5 § AvtL. Anbudstagaren har alltså inte rätt att senare ändra sitt svar, även om det görs inom acceptfristen. Det är viktigt att skilja ett avslag från den

⁴³ Förslag till lag om avtal 1914 s. 55 f.

⁴⁴ Ramberg C, *Avtalslagen* 2010, <http://www.avtalslagen2010.se/Section/2.3>

situationen att anbudstagaren förhandlar för modifieringar i avtalsvillkoren, dock finns det en strängare uppfattning i vissa handelsförhållanden då även sådana förhandlingar kan komma att betraktas som ett avslag. Därför är det viktigt, särskilt vid förhandlingar i handelsförhållanden, att tydliggöra att avsikten inte är att avstå från anbudet.⁴⁵

2.8 Oren accept, 6 §

Lagen har som utgångspunkt att anbudet och accepten skall innehålla helt överensstämmande viljeförklaringar, vilket medför att anbudet måste antas oförändrat om ett bindande avtal skall uppstå. Skulle svaret innehålla avvikelser i form av tillägg, inskränkning eller förbehåll som inte överensstämmer med anbudet räknas det som en oren accept. Det är således ett svar som endast delvis accepterar anbudet och räknas som ett avslag, med den rättsföljd som anges i 5 §, i förening med ett nytt anbud. Alla avvikelser har dock inte denna verkan utan avvikelserna måste vara av materiell betydelse så att avtalet till sitt innehåll förändrats.

Om svaret innehåller något som anbudsgivaren redan p.g.a. lag eller handelsbruk är skyldig att underkasta sig eller en hänvisning till, inom branschen välkända och även frekvent följda, allmänna avtalsvillkor anses inte det som en relevant materiell avvikelse.⁴⁶ Standardvillkoren skulle då kunna bli en del av avtalet, undantaget skall dock tillämpas med försiktighet.⁴⁷ En accept som endast delvis antar ett anbud eller som innehåller en hänvisning till okända och sällsynta allmänna avtalsvillkor bedöms som oren.⁴⁸ I frågan huruvida en accept skall anses vara oren skall hänsyn tas till samtliga föreliggande omständigheter.⁴⁹ Anbudet och svaret skall främst tolkas i ljuset av vad som är vanligt förekommande i allmänhet mellan parterna eller enligt handelsbruk.⁵⁰

Ett anbud anses, såvida inte särskilda omständigheter föranleder något annat, vara odelbart. Om anbudet eller omständigheterna i övrigt skulle medge en delaccept, att en viss

⁴⁵ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 86 f.

⁴⁶ Förslag till lag om avtal 1914 s. 49

⁴⁷ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 71

⁴⁸ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 88 f.

⁴⁹ Almén T och Eklund R, *Lagen om avtal* s. 27

⁵⁰ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 70

maxkvantitet erbjuds under förhållanden att anbudstagaren fritt kan acceptera en mindre kvantitet, ses ett sådant svar som en partiell accept. Det anses således dels som en ren accept för den antagna kvantiteten, dels som ett avslag för resten av den erbjudna kvantiteten. Finns det inte åtminstone tolkningsvis en valrätt i anbudet beträffande kvantiteten, medför en partiell accept en sådan förändring i materiellt hänseende av anbudet att den räknas som oren och förfaller i sin helhet.⁵¹

CISG:s reglering på området är inte lika strikt som avtalslagens.⁵² Enligt art. 19 (2) medför inte ett tillägg eller en förändring att svaret verkar som en accept så länge det inte väsentligt ändrar anbudets innehåll.

2.8.1 Dokumentation av avtalsslutet

Med en accept följer ofta en begäran om bekräftelse om att ett avtal med ett visst innehåll slutits. Bekräftelsen innebär en ökad säkerhet; acceptgivaren vet att accepten mottagits i rätt tid och lett till avtal. En begäran om konfirmation anses inte medföra att accepten skall anses som oren, endast under särskilda situationer kan så bli fallet.⁵³

Numera är det dock vanligast att en orderbekräftelse fungerar som en självständig del i ett tredelat förfarande vid avtalsslut (offert-order-orderbekräftelse), vilket är en annan avtalsform än lagmodellen och till följd av detta får bekräftelsen inte längre funktionen att endast klargöra att ett avtal redan har ingåtts på angivna villkor.⁵⁴ Enligt *NJA 1921 s.357* innebär orderbekräftelsen det sista ledet, efter offert och order, i avtalsslutet och inte en bekräftelse av ett redan ingånget avtal. Brevets utformning är det avgörande. Offert-order-orderbekräftelse är idag vanligt förekommande inom handelslivet.⁵⁵

I de fall accepten innehåller en begäran om att avtalet skall avfattas i skriftlig form, d.v.s. en annan form av dokumentation, innebär det en större osäkerhet i huruvida accepten skall anses

⁵¹ Förslag till lag om avtal 1914 s. 49

⁵² Persson I, Karnov lagkommentar till 6 §

⁵³ Almén T och Eklund R, *Lagen om avtal* s. 28

⁵⁴ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 90 f.

⁵⁵ A.a. s. 60 f.

som ren. Det kan tyda på att avtalet inte är slutgiltigt utformat och presumptionen för ren accept är inte särskilt stark i dessa fall. Enligt praxis skall stor hänsyn tas till omständigheterna i fallet.⁵⁶

Skulle accepten anses som ren och innehålla en begäran om bekräftelse, eller om avtalets avfattande i skriftlig form, kan acceptgivaren göra gällande att avtal kommit till stånd även om anbudsgivaren vägrar att bekräfta eller underteckna kontraktet. En sådan vägran kan dessutom komma att betecknas som ett väsentligt kontraktsbrott om framställningen gällande bekräftelse eller kontrakt har stöd i lag, tidigare bruk mellan parterna eller handelsbruk i branschen och innebära en hävningsrätt för acceptgivaren.⁵⁷

Om en accept innehållande en begäran om bekräftelse anses som oren och anbudsgivaren trots det ger en bekräftelse i enlighet med begäran betraktas det som en accept från anbudsgivarens sida.⁵⁸

2.8.2 Reklamationsskyldighet i vissa fall vid oren accept, 6 § 2 st.

Om anbudstagaren avser att svaret skall vara en ren accept samt är i subjektivt god tro och anbudsgivaren inser det, d.v.s. ett skärpt krav på ond tro, föreligger en reklamationsskyldighet för anbudsgivaren enligt 6 § 2 st. Underlåter anbudsgivaren att reklamera blir rättsföljden att ett avtal uppkommer som får acceptens innehåll, trots felet i accepten. Anbudsgivaren blir p.g.a. avtalsgrundande passivitet bunden till något som denne inte lämnat ett anbud om.⁵⁹ Bestämmelsen skall tillämpas med försiktighet, om avvikelsen är uppenbar kan det sällan antas att anbudsgivaren *måste inse* att anbudstagaren uppfattar accepten som ren.⁶⁰ Precis som 4 § 2 st. är 6 § 2 st. komplicerat uppbyggd och innebär tillämpningssvårigheter, parallellen mellan reglerna är fullständig.⁶¹

⁵⁶ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt* 1 s. 73

⁵⁷ Förslag till lag om avtal 1914 s. 52

⁵⁸ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt* 1 s. 75

⁵⁹ NJA 1930 s. 131

⁶⁰ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt* 1 s. 69

⁶¹ Persson I, Karnov lagkommentar till 6 §

2.9 Avtalslagens subjektiva utformning

Avtalsmekanismen i 1 kap. AvtL är enkel i sin uppbyggnad. Dess subjektiva utformning gör dock att den blir svår att tillämpa i praktiken och det har lett till kritiska kommentarer i doktrinen. Det blir fråga om parternas avsikter och vad de måste ha förstått om det objektiva innehållet i förklaringarna, således blandas subjektiva och objektiva rekvisit. Dessutom finns det regler med dubbla subjektiva kriterier; i 4 § 2 st. och 6 § 2 st. (se ovan) finns ett insiktsrekvisit där mottagaren av förklaringen *måste inse* ett visst förhållande vilket gör reglerna något komplicerade. Den framhålls vid motiveringen av den svenska regleringen att det inte kan anses som önskvärt att en part skall kunna bortse från att underrätta sin motpart om det framgår att denna har en tydligt felaktig uppfattning. Genom att införa subjektivitet i avtalslagen har lagstiftaren betonat vikten av samvilja vid avtalsslutande.⁶² Subjektiviteten har fått en så stor plats i avtalslagen för att det har ansetts betydelsefullt att skydda tillit och god tro i omsättningen och det har inneburit att den praktiska tillämpningen av lagen istället har blivit lidande. Det finns dock anledning till att ställa sig kritisk till ett sådant omfattande skydd eftersom det i många andra länder inte finns motsvarande regler på avtalsrättens område och skyddet för den goda tron har ändå inte ansetts riskerat.⁶³ Exempelvis brukar kritikerna framhålla att UCC och FN:s konvention om internationella köp inte innehåller några subjektiva regler. Det skall dock observeras att det i praktiken blir liten skillnad mellan de subjektiva och objektiva reglerna eftersom det vid bedömningen, om en ändring var väsentlig eller oväsentlig som skall göras enligt de utländska reglerna, inte torde vara möjligt att undgå att beakta om den som föreslår ändringen hade fog att tro att den vid tystnad skulle godtas av motparten och motparten måste eller åtminstone borde inse detta.⁶⁴ Likaså framgår av FN konventionens art. 8, 1 st. att en parts uttalanden och uppträdande i övrigt skall ses i ljuset av hans avsikt, om den andra parten visste eller inte kunde ha varit omedveten om vilken avsikten var.

⁶² Schmidt F, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*

⁶³ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 57

⁶⁴ NJA 2006 s. 638

2.10 Dold dissens

Dold dissens innebär att parterna vid avtalets ingående har varit omedvetna om att de har olika meningar angående avtalets innehåll, således tror parterna att deras viljeförklaringar överensstämmer trots att de vid en jämförelse avviker från varandra. Är parterna medvetna om omständigheten råder en öppen dissens mellan vilja och förklaring och ett avtal skall då egentligen inte komma till stånd enligt 6 § 1 st. AvtL, vilket innebär att en öppen dissens i praktiken sällan vållar några problem. Nackdelen är att dissens mellan vilja och förklaring har sin utgångspunkt i att det är den ”verkliga” partsviljan som är den rättsskapande omständigheten. Lagtexten utgår istället från att det är den viljeförklaringen som skall vara det centrala och det är förklaringsinnehållet som skall granskas, objektivt eller med utgångspunkt från en godtroende tredje man.⁶⁵

Vid dold dissens finns det en möjlighet att ogiltigförklara avtalet eller närmare bestämma dess innehåll med hjälp av 32 § AvtL. Beroende på omständigheterna vid avtalets uppkomst kan det ogiltigförklaras medelst 32 §, t.ex. är avsändaren inte bunden, oavsett om mottagaren är i god tro, om förklaringen förvanskats vid överföringen genom bud och telegram till mottagaren. Om en part avger en viljeförklaring som genom misstag å hans sida får annat innehåll än åsyftat medför 32 § 1 st. att viljeförklaringen inte blir bindande om den andra parten insåg eller bort inse misstaget. Är den andra parten i god tro blir däremot den ”felaktiga” viljeförklaringens innehåll bindande, 32 § 1 st. e contrario.

I praxis kan ett annat sätt att avgöra frågan om dold dissens ses; genom att pålägga ett särskilt ansvar för missförstånd på den ena parten. I *RH 1990:20* fick den yrkesmässige mäklaren ansvaret för att ett missförstånd angående rätt till provision vid fastighetsköp inte klarats upp.

För att undvika att frågor om dold dissens uppkommer kan acceptgivaren upprepa de väsentliga delarna i anbudet och på så sätt reducera risken för att missförstånd och tvister i avtalet uppstår.⁶⁶

Efter att verkställandet av avtalet påbörjats är det oftast ingen av parterna som vill göra gällande att ett avtal inte uppkommit och då går det inte att praktiskt lösa problemet genom att hävda att ett, helt eller delvis, verkställt avtal inte existerat. I doktrinen syns också en motvilja

⁶⁵ Grönfors K, *Avtalslagen*. s. 91 f.

⁶⁶ A.a. s. 91 f.

till börja diskutera avtalets giltighet vid dissensfrågor. Enligt giltighetsregeln skall utgångspunkten istället vara att avtalet är giltigt trots dissensen och man skall genom tolkning försöka bestämma avtalsinnehållet.⁶⁷

3. Realhandlande

Mycket av vardagslivets avtalsslutande sker genom realhandlande. Innebörden är i princip att parterna inte står i förbindelse med varandra, varken muntligen eller skriftligen. Det talas ibland om tyst accept, accept genom realhandlande eller konkludent handlande. Det kan beskrivas som att någon genom att göra en aktiv handling bekräftar sin bundenhet.⁶⁸ Ofta rör det sig om brukande av offentliga eller halvoffentliga serviceorgan till allmänhetens tjänst som har en skyldighet att stå till förfogande för alla som vill sluta avtal. Exempel på konkludent handlande är påstigandet av en spårvagn, parkerandet av en bil på en parkeringsplats eller uttagandet i en bankomat. Realhandlande är en avtalstyp som doktrin och praxis många gånger försökt passa in i lagmodellens anbud och accept modell. Det kan dock vara svårt i dessa fall att urskilja anbud och accept i handlandet. Att definiera en spårvagns stannande vid en hållplats som uppfordran att avge anbud kan kännas något märkligt och är många gånger inte heller nödvändigt.⁶⁹ I *NJA 1981 s 323* som rörde avtal med avgift för upplåten parkeringsplats ansåg HD att avtal hade uppkommit i och med personens faktiska handlande vilket stämmer väl överens med UNIDROIT Principles Art. 2.1.1 (*Manner of formation*) som menar att parternas beteende är det som är avgörande. ”*A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.*”⁷⁰ Såväl en positiv handling som passivitet kan innebära realhandlande.⁷¹

⁶⁷ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 132

⁶⁸ A.a. s. 100 f.

⁶⁹ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 77 f.

⁷⁰ <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>

⁷¹ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 78

Del 2 Prekontraktuellt handlande och avtal under förhandlingar

4. Prekontraktuella stadiet – allmänt

4.1 Avtalsprocessens olika delar

Det kan vara av vikt att skilja på dokumentationsstadiet och avtalsslutet vid ingående av avtal. Adlercreutz delar in avtalsprocessen i fyra olika stadier, vilka många gånger i praktiken går in i varandra:

- A. Förhandlingsstadiet. Adlercreutz menar att om ett avtal inte sluts innebär inte förhandlingsstadiet några rättsverkningar. Varje part står för sina utgifter i samband med förhandlingarna och förhandlingsbud är att betrakta som icke bindande anbud som parterna kan dra tillbaka utan rättsliga påföljder.
- B. Parterna är överens om huvudpunkterna och har för avsikt att ingå ett avtal med varandra. Under B-stadiet uppkommer många gånger en principöverenskommelse eller en avsiktsförklaring (letter of intent) och ytterligare förhandlingar genomförs senare för att kunna sluta avtalet. Vanligtvis är det först här som frågor om bundenhet och andra rättsverkningar kan uppstå.
- C. Parterna skriver under ett skriftligt kontrakt
- D. Verkställighetsstadiet som, fast den egentligen skall följa efter A-C, många gånger påbörjas och även ibland slutföres under A och B⁷²

4.2 Förhandlingsbuds rättsliga verkan

Vid avtal som föregås av förhandlingar bollas olika förhandlingsbud fram och tillbaka mellan parterna. Förhandlingsbuden kan vara svåra att inordna under lagmodellens anbud och accept

⁷² Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 122 f.f.

modell och det kan därmed vara problematiskt att bestämma vilka förhandlingsbud som skall anses vara juridiskt bindande och vilka som endast skall anses vara en del av förhandlingsprocessen. Ponera att två parter muntligt förhandlar med varandra och den ena parten framlägger ett förslag, detta torde vara uttryck för en viljeförklaring då ett förhandlingsbud är av den karaktären att den framställande parten önskar att bli bunden av detta. Eftersom förhandlingsbudet riktas till motparten kan det anses som utgivet och även riktat till en bestämd adressat, den kommer dessutom motparten till handa i den stunden som förhandlingsbudet framställs vilket innebär att det mottagits. Ponera att det innehållsmässigt är tillräckligt tydligt och preciserat. Detta innebär att förhandlingsbudet uppfyller alla de kriterier som karakteriserar ett bindande anbud. Om motparten omedelbart skulle acceptera förhandlingsbudet oförändrat skulle det således föreligga två överensstämmande viljeförklaringar. Skulle detta förhandlingsbud då anses som bindande mellan parterna? Denna fråga är fortfarande oklar i den svenska rätten men generellt kan sägas att utgångspunkten är att förhandlingsbud de lege lata vanligtvis inte skall anses som bindande mellan parterna såvida det inte uttryckligen avtalats om det. Vad använder man då för argument för att komma fram till denna slutsats? Det skulle kunna framhållas att förhandlingsbud inte kan anses som tillräckligt tydligt och preciserat till sitt innehåll eftersom ett ensamt förhandlingsbud knappast kan anses vara tillräckligt som vägledning för det tilltänkta avtalets innehåll. Om ett förhandlingsbud inte kan anses som anbud innebär detta i sin tur att lagmodellen blir svår att tillämpa vid förhandlingssituationer. I praxis kan man också se att domstolarna tillmäter parternas handlande under förhandlingarna den avgörande betydelsen vid avgörandet om det föreligger ett avtal eller ej. Att tillerkänna förhandlingsbud bindande verkan skulle dessutom inskränka avtalsfriheten då en part skall kunna bestämma under vilka omständigheter denne vill ingå avtal. Under vissa omständigheter kan dock en part bli bunden, exempelvis genom konkludent handlande eller passivitet, vilket är till skydd för motparten.⁷³

4.3 Lojalitetsplikt

Under mitten av 1900-talet diskuterade den nordiska doktrinen flitigt huruvida det skall anses finnas särskilda moraliska förpliktelser mellan avtalsparter. Traditionellt sett har det ansetts finnas en liten möjlighet att utkräva förpliktelser innan ett avtal kommit till stånd inom den

⁷³ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt* 1 s. 122 f.f.

svenska avtalsrätten. Lojalitetskravet betraktas därmed som stridande mot avtalsfrihetens principer som den västerländska avtalsrätten bygger på.⁷⁴ Lojalitetsplikten rättskällebas är oklar och den kritiseras för att inte ha förankring inom den nordiska avtalsrätten.⁷⁵ Under 1960-talet kritiserades lojalitetskravet av Knut Rodhe, Lennart Vahlén och Hjalmar Karlgren för att antingen vara ett ouppnåeligt ideal eller för att vara oförenlig med vår realistiska rättskultur. Ett decennium senare började steget tas mot ett erkännande och under de senaste årtiondena har lojalitetsplikten kommit att återopas allt mer och därmed har begreppet kommit att såväl utvidgas som konkretiseras. Idag betraktas det som en allmän avtalsrättslig rättsgrundsats. Lojalitetsplikten har sedan en lång tid tillbaka gällt för arbetstagare och mellanmän men har kommit att omfatta allt fler personkategorier och omständigheter såsom konsumenter.

Trots att lojalitetsplikten inte har någon legaldefinition finns det en allmänt erkänd definition i nordisk rättsvetenskap, där det brukar beskrivas som en plikt att iaktta motpartens intressen.⁷⁶ Lojalitetsplikten är långtgående och innebär inte bara att man inte medvetet skall avstå från att skada motparten utan att man kan vara skyldig att aktivt tillvarata motpartens intressen. Lojalitetsplikten syftar således till att motverka att avtalspartens egenintresse går för långt. Begreppet är något vagt och det finns motstridiga åsikter beträffande dess reella innebörd. Det står inte klart vad som ger upphov till lojalitetsplikt eller vad det primärt skall skydda. Det hävdas t.ex. att lojalitetsplikten binder avtalsparter absolut och ömsesidigt och gäller i alla avtalsförhållanden men det finns emellertid de som tolkar begreppet som att det skall finnas möjlighet till undantag. Även om finns ett visst motstånd mot lojalitetsplikten inom svensk rätt betraktas skälighetsnormer som mycket viktiga i vårt rättssystem, inte minst på avtalsrättens område. Enligt Jori Munukka kan lojalitetsnormerna betraktas som ett normkomplex sidoordnat med skälighetsprincipen vilka båda eftersträvar kontraktuell proportionalitet.⁷⁷ Det är dock klart att lojalitetsplikten är erkänd i svensk rätt på avtalsrättens område såväl före som efter avtalsslut.⁷⁸

⁷⁴ Munukka J, *Kontraktuell lojalitetsplikt* s. 2

⁷⁵ A.a. s. 71

⁷⁶ A.a. s. 12

⁷⁷ A.a. s. 192

⁷⁸ A.a. s. 1 f.

I dag har en moralisk och affärsetisk prekontraktuell lojalitetsplikt tagit en allt större plats i den nordiska avtalsrätten. Vad det prekontraktuella lojalitetsskyddet skall spela för roll är internationellt omdiskuterat. Det råder stora olikheter mellan rättssystemen, vilket talar mot en framtida obligationsrättslig harmonisering. Inom den nordiska rätten anses det prekontraktuella lojalitetsskyddet vara svagare och vagare än det kontraktuella beroende på att en avvägning måste ske mot avtalsfriheten och den negativa kontraheringsfriheten.⁷⁹ Den prekontraktuella lojalitetsplikten lämnar således utrymme för spekulat

tion och opportunism.⁸⁰ Munukka menar i sin doktorsavhandling att Sverige de lege ferenda bör införa en lagregel som stadgar att avtalsparter skall agera lojalt gentemot varandra. Därigenom skulle ytterligare ett steg tas mot det kontinentaleuropeiska synsättet som har en mer utbredd acceptans av lojalitetsplikten än Sverige. Införandet av en lagregel skulle råda bot på domstolarnas tveksamma inställning till lojalitetspliktens legitimitet och innebära att det finns en konkret regel till stöd för det prekontraktuella ansvaret.⁸¹

5. Avtalsbundenhet under förhandlingar

5.1 Inledning

Eftersom reglerna i avtalslagens första kapitel är dispositiva är det möjligt för parterna att själva bestämma och skraddarsy hur avtalet skall uppkomma. Att avtal ingås enligt en avtalad förhandlingsordning är något diffust eftersom det endast innebär att ett avtal ingås på ett annat sätt än lagmodellen. Många olika modeller ingår således i begreppet exempelvis avtalad skriftform, villkorad bundenhet, minor details to be agreed upon, ramavtal, årskontrakt och avropsavtal. Inledningsvis kommer jag beröra avtalad förhandlingsordning för att sedan diskutera passivitet och successiv avtalsbundenhet.

5.2 Avtalad förhandlingsordning - Avtalad skriftform

Avtalad skriftform innebär att om parterna bestämt att de önskar ett skriftligt kontrakt som

⁷⁹ A.a. s. 422

⁸⁰ A.a. s. 431

⁸¹ A.a. s. 20

förhandlingsordning uppkommer, enligt doktrin och praxis, inte avtalsbundenheten förrän kontraktet är undertecknat.⁸²

Avtalad skriftform är dock inte att anse som ett formalavtal eftersom det är parterna som själva bestämt att avtalet skall vara skriftligt. Anledningen till att parterna väljer avtalad skriftform är vanligen att de inte vill riskera att bli bundna när de förhandlar om avtalsvillkoren utan att de istället vill kunna bestämma sig för avtalet som helhet. Det används således ofta vid komplicerade avtal med många förhandlingar. I praktiken kan det dock vara svårt att avgöra när ett skriftligt kontrakt är en förutsättning för avtalet. Om en part önskar avtalad skriftform bör denne uttryckligen föreskriva det innan förhandlingarna inleds för att inte riskera att bli bunden vid ett tidigare skede. Avtalad skriftform kan också ha varit en outtalad förutsättning eller följa av handelsbruk, men i dessa fall kan parterna bli bundna vid ett tidigare skede om de ger klart uttryck för att de anser sig bundna, t.ex. genom att de påbörjar fullgörelsen av avtalet.

Det finns också andra skäl för parterna att välja avtalad skriftform än att det är ett villkor för avtalsbundenheten. Det kan t.ex. användas för att åstadkomma bevisning om ett avtal som uppkommit vid tidigare förhandlingar eller för att förvissa sig om att vissa villkor blir en del av det slutliga avtalet.⁸³ Gränsdragningen mellan avtalad skriftform och då ett kontrakt endast är en bekräftelse på ett redan ingånget avtal är viktig. Vid avtalad skriftform innebär en parts vägran att underteckna kontraktet att avtalet inte anses slutet. Om kontraktet istället är en bekräftelse innebär en sådan vägran ett väsentligt kontraktsbrott vilket kan medföra hävning och skadestånd eller krävande om avtalsfullgörelse.

Praktiska problem kan dock uppstå om parterna inte kommit överens om kontrakt i förväg eller vilken juridisk betydelse ett sådant skall ha. Här är rättsläget oklart. Som diskuterats ovan finns det fog att betrakta accepten som oren och anse att ett avtal inte kommit till stånd om accepten innehåller en begäran om ett kontrakt. Dock är presumptionen starkare för ett bindande avtal om parterna är överens om att ett kontrakt skall upprättas. Lite mer oklart är rättsläget i den situationen att kontraktet endast kan hänvisas till bruk.

I Tyskland finns en lagregel, BGB 154 § 2 st., som innebär att om parterna enats om att sluta

⁸² Se t.ex. NJA 1962 s 276, Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 94, Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt* 1 s. 93 f.f.

⁸³ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 94 f.

ett avtal med skriftlig form så anses det inte ha kommit till stånd om inte den skriftliga formen uppfyllts, d.v.s. en presumtion mot avtalsbundenhet om skriftformen inte fullgörs.⁸⁴

I svensk rätt finns det inte någon klar uppfattning om företeelsen. Lennart Vahlén var den första att belysa formen och hans uppfattning är inte lika strikt som den tyska rättens. Han menar att anledningen att ha avtalad skriftform kan vara att parternas bundenhet skall inträffa samtidigt eller oberoende av vem som först skriver under dokumentet men att hänsyn måste tas till omständigheterna och att parterna kan ha avsett att bli ensidigt bundna enligt avtalslagens regler.⁸⁵ Axel Adlercreutz redovisar relevant praxis, ända från 1893⁸⁶, och anser att rättsläget är ganska öppet. Det går inte att finna någon klar ledning på området varken i svensk praxis eller i doktrin.⁸⁷ Kurt Grönfors pläderar för att den svenska rätten borde ha samma strikta inställning till skriftformen som den tyska lagregeln och trycker på de praktiska svårigheterna som en öppen inställning, likt den Adlercreutz ger uttryck för, kan medföra. Grönfors menar att en formföreskrift skall *vara klar och oomtvistlig med avseende på sitt tillämpningsområde*. Han exemplifierar också för hur formkravet på fastighetsköp vuxit fram i svensk rätt.⁸⁸ David Nehrman syn i vår äldsta juridiska doktrin, liknar Grönfors, och menar att avtalsbundenheten inte infaller förrän parterna kommit överens och *förenat sig*, innan dess kan det endast vara fråga om ett föravtal som mest.⁸⁹

5.2.1 Punctatio

Punctatio är en form av avtalad skriftform och innebär att parterna kortfattat sätter upp målen med avtalet och sedan skriver under dokumentet. Fenomenet uppmärksammades redan år 1729 i vår äldsta juridiska doktrin.⁹⁰ Dokumentet blir bindande⁹¹ förutsatt att det är tillräckligt

⁸⁴ Adlercreutz A, *Avtalsrätt 1* s. 86 f.

⁸⁵ Vahlén L, *Avtal och tolkning* s. 121 f.

⁸⁶ NJA 1893 s 275

⁸⁷ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 93 f.f.

⁸⁸ Grönfors K, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 72 f.

⁸⁹ Grönfors K, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 73, Nehrman D, *Inledning till den svenska jurisprudentiam civilem (1729)* s. 156

⁹⁰ Nehrman D, *Inledning till den svenska jurisprudentiam civilem (1729)* s. 156

⁹¹ Grönfors K, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 73 f.

preciserat.⁹² Ett punctatio kan kompletteras vid ett senare tillfälle, i yttersta fall kan det ske med dispositiva rättsregler om parterna inte är överens om det slutliga avtalet. Om parternas underskrift saknas är presumptionen att något bindande avtal inte kommit till stånd.⁹³

5.2.2 Minor details to be agreed upon

När parterna sluter ett avtal och tillstår att de inte enats om alla avtalsvillkor kallas det ofta i internationella kontrakt för *minor details to be agreed upon*. Det kan vara besvärligt att bestämma vad som skall hända om parterna inte lyckas komma överens om de återstående detaljerna. Resultatet kan bli att inget avtal anses ha uppkommit alternativt att försöka bestämma hur de detaljerade villkoren skall se ut genom avtalstolkning. Från ett affärsmässigt perspektiv kan det vara önskvärt att kunna ha möjlighet att sluta ett avtal utan att vara överens om alla villkor istället för att inget avtal alls uppkommer men från en juridisk synvinkel är minor details to be agreed upon inte att föredra.⁹⁴

5.2.3 Villkorade avtal

För att hålla bundenheten öppen kan avtalet villkoras genom förbehåll i avtalstexten. Avtalsbundenheten blir då beroende av att en viss händelse inträffar eller inte inträffar. Den romerska rätten skiljer mellan resolutiva villkor, där villkoret medför att avtalets giltighet upphör, och suspensiva villkor som innebär att avtalet, trots att det uppkommit tidigare, inte träder i kraft förrän villkoret uppfyllts. Exempel på denna avtalsform är då avtalet har som villkor att en viss myndighet skall ge sitt tillstånd, t.ex. förvärvstillstånd. Ett annat exempel på villkorade avtal är godkännandeförbehåll, då bolagsstyrelsen skall ge sitt godkännande till avtalet i efterhand vilket är rättsligt motiverat eftersom viktiga beslut skall fattas av styrelsen.⁹⁵ Villkoret får inte användas som en möjlighet att hålla den ena parten bunden och ensidigt kunna undkomma avtalsbundenheten utan parterna skall verka för att tillståndet fås.⁹⁶

⁹² Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt* 1 s. 106

⁹³ Grönfors K, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 73 f.

⁹⁴ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 96

⁹⁵ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt* 1 s. 117

⁹⁶ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 95

5.3 Passivitet

Principiellt är det fritt att sluta kommunicera med sin förhandlingspart, således innebär passivitet som huvudregel ingen rättsverkan. Det finns dock vissa undantag. Om motparten tror att förhandlingarna gått så långt att avtal skall komma till stånd kan en lojalitetsplikt föreligga som medför att motparten måste underrättas för att man inte skall bli skadeståndsskyldig för det negativa kontraktsintresset. Det krävs ett orsakssamband mellan det oacceptabla beteendet och den ekonomiska skadan, detta visades också i *NJA 1990 s. 745* där hade den ena parten agerat oacceptabelt men det fanns inget samband mellan det oacceptabla beteendet och den ekonomiska skadan.

I vissa fall kan en parts passivitet innebära att avtal anses ingånget men detta tillämpas restriktivt. I *NJA 2006 s. 638* fann HD att när ett landsting förhållit sig passiv efter att ha mottagit ett dokument som var benämnt slutlig överenskommelse för underskrift hade ett avtal med dokumentets innehåll kommit till stånd. Dokumentet hade sänts till landstinget efter muntliga förhandlingar och landstinget hörde inte av sig till motparten och motparten lyckades inte heller få tag på ansvariga personer på landstinget. Landstingets passivitet ledde till att avtalsbundenhet ansågs ha uppkommit.

I Avtalslagen finns regler om passivitet i de tidigare nämnda 4 och 6 §§ samt 9 §, det finns även reglerat i CISG Art. 8.1

Enligt 9 § AvtL kan den som uppfodrar annan att avge anbud bli bunden till avtalet om han sedan förhåller sig passiv. Det föreligger således en viss svarsplikt. Ett omtalat rättsfall i sammanhanget är *NJA 1962 s. 276*. Här hade en innehavare av en nöjesplats förhandlat med en artist och musikförmedling, och till denne sänt ett kontrakt som undertecknades av artist- och musikförmedlingen. Då nöjesplatsinnehavaren fick kontraktet för undertecknande återsände han det inte utan meddelade efter en längre tid att det uppkommit förhinder. HD fann att trots att kravet på avtalad skriftform inte var uppfyllt hade avtal kommit till stånd p.g.a. passivitet.

5.4 Successiva avtal

5.4.1 Allmänt

Vid komplicerade avtal som ofta föregås av långdragna förhandlingar, är det vanligt att avtalsinnehållet successivt växer fram. Vid förhandlingarna brukar parterna ge varandra förhandlingsbud angående avtalet som helhet eller delar av detsamma. Erbjudandena varken menas eller uppfattas som några bindande anbud och den rättsliga huvudregeln är också att förhandlingsbud inte är bindande.⁹⁷ Att försöka översätta förhandlingsbuden till lagmodellens termer av anbud och accept är varken lätt eller önskvärt vilket medför svårigheter med att bestämma en tidpunkt för när avtalsbundenheten inträder.

I doktrinen råder det lite olika uppfattningar kring om det är möjligt att de lege lata successivt bli bunden av ett avtal inom svensk avtalsrätt. Rättsläget är således oklart.

Såväl Ramberg som Grönfors menar att när avtal förhandlas fram successivt så är huvudregeln att avtalsbundenheten inte uppstår förrän parterna är i slutet av förhandlingarna och har möjlighet att ta ställning till avtalet som helhet mot bakgrund av samtliga villkor. Det innebär i praktiken att avtalsbundenheten vanligen uppstår då parterna undertecknar ett skriftligt kontrakt.⁹⁸ De har dock lite olika uppfattningar angående successiva avtals existens i den svenska rätten.

5.4.2 Successiv bundenhet, stegvis läsning av förhandlingspositionerna

Grönfors och även norsk rättspraxis⁹⁹ diskuterar och påvisar att parterna kan vara bundna vid avtalet utan att vara överens om alla viktiga villkor. Grönfors menar att det finns något som kallas ”stegvis läsning av förhandlingspositionerna”. Han diskuterar kring förfaringssättet punctatio, då ett avtal kort sammanfattas och skrivs under, och jämför med den omständigheten att det mellan parterna förekommer ett dokument som, likt punctatio, består av en kort sammanfattning fast med funktionen att den talar om var parterna kommit i avtalsförhandlingarna. Dokumentet kan ligga till grund för fortsatta avtalsförhandlingar och te sig i olika former. Det blir således en successiv bundenhet där avtalet skapas under en tidsaxel

⁹⁷ Lehrberg B, *Avtalsrättens grundelement* s. 106

⁹⁸ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 63, Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 99

⁹⁹ Vinagent – dommen Rt 1998 s.946 jfr. Rt 1987 s. 1205, Rt 1991 s. 1171 och Rt 1996 s. 415

och parterna inte blir bundna till avtalet vid ett tillfälle utan etappvis med gradvis ökande bundenhet,¹⁰⁰ den s.k. additionsmetoden.¹⁰¹ Grönfors trycker på att tidsaspekten är det som särskilt utmärker dessa avtal och det är av stor betydelse var i förhandlingarna parterna befinner sig. Om förhandlingarna har karaktären av avsiktsförklaring kan parterna i ett initialskede endast bli bundna av att fortsätta förhandlingarna på ett seriöst sätt. Skulle en part frånträda detta skulle denne göra sig skyldig till culpa in contrahendo och bli skadeståndsskyldig för det negativa kontraktsintresset. Däremot, om parterna nått slutstadiet av förhandlingarna och avtalet kanske till 90 % är färdigt, anser Grönfors att en parts vägran att fortsätta skulle kunna innebära att 36 § AvtL om oskälighet blir tillämplig eftersom det tidigare förhandlingsuppträdandet skulle ge sken av att man var nära att sluta avtalet. Han menar att det finns en skyldighet att förhandla färdigt, såvida det inte finns särskilda skäl däremot. Tiden är dock inte ensamt avgörande utan även syftet med dokumentationen har betydelse. Eftersom det är två parter som sluter ett avtal skall det inte utredas vad som har varit den ena eller andra partens avsikt utan syftet med dokumentationen.

Grönfors menar att det är viktigt att parterna ger uttryck för om de önskar att omförhandla avtalet på ett senare stadium för att inte hamna i en stegvis låsning av förhandlingspositionerna. Vid förfarandet stegvis låsning av förhandlingspositionerna kan en omförhandling normalt inte ske eftersom det skulle innebära att modellen blir praktiskt ineffektiv. Det finns dock sällsynta fall då ändrade förutsättningar ger upphov till att parterna vid senare förhandlingar ändrar sina tidigare åsikter, detta brukar dock inte medföra en tvist eftersom parterna då brukar vara eniga om en sådan förändring.¹⁰²

I andra länder finns exempel på rättsfall då part som på ett förkastligt sätt vägrat att fullgöra sin avsiktsförklaring blir skadeståndsskyldig. I svensk rätt finns det som sagt inte mycket vägledande praxis men det kan tänkas att skadeståndsskyldighet skulle kunna uppkomma p.g.a. culpa in contrahendo.¹⁰³ När parterna har slutit ett avtal föreligger en långtgående lojalitetsplikt. De har tillsammans enats om något och skall sträva efter att komma fram till sitt gemensamma mål. Att det föreligger en lojalitetsplikt mellan parterna innan de träffat ett

¹⁰⁰ Grönfors K, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 74 f.f.

¹⁰¹ Grönfors K, *Avtal och omförhandling* s. 52

¹⁰² Grönfors K, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 74 f.f.

¹⁰³ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 123 f.f.

avtal är dock mer oklart. Innan avtalet slutits har de inte något gemensamt mål att nå. Det finns emellertid någon form av ansvar mellan parterna i form av den rättsliga principen om culpa in contrahendo, med vilken det alltså finns en viss möjlighet att erhålla skadestånd innan avtal slutits.¹⁰⁴ I sammanhanget kan *NJA 1977 s 92* nämnas där domstolen kom fram till att om ett avtals innehåll är tillräckligt definierat kan en part genom konkludent handlande bli bunden av själva avtalet. I rättsfallet var det en kombination av passivitet och positivt realhandlande som medförde avtalsbundenheten.

5.4.3 Successiv avtalsbundenhet - inte möjligt i svensk rätt

Ramberg har en något striktare syn på avtalsbundenheten än Grönfors och menar att det inte går att vara halvbunden av ett avtal, rättsligt sätt så är man antingen bunden eller inte. Det finns alltså inte en möjlighet att bli bunden etappvis av ett avtal under förhandling, bundenheten kan inte successivt växa fram men det kan däremot avtalets innehåll göra.¹⁰⁵ Angående anledningen till att ha ett sådant försiktigt synsätt när det gäller bundenhet vid avtalsförhandlingar betonas att avtal till stor del bygger på förtroende. Ramberg hänvisar bl.a. till Stig Sohlberg som menar att kostnaderna för framtvingade ”äktenskap” blir mångdubbelt så höga som kostnaden för avbrutna avtalsförhandlingar, d.v.s. om ena parten inte önskar vara bunden vid avtalet så saknas grundläggande förutsättningar för ett samarbete, särskilt ett långsiktigt sådant.¹⁰⁶ Ramberg menar dock att hänsyn måste tas till den enskilda situationen och bedömningen skall göras utifrån vad parternas avsikt har varit.¹⁰⁷

Till stöd för att avtalsbundenhet inte kan uppkomma successivt kan rättsfallet *AD 1994 nr. 157* nämnas. Det behandlade pensionsavtal och fastställde att parterna inte ansågs bundna av de enskilda villkor som de hade kommit överens om under förlikningsförhandlingar förrän de hade enas om ett avtalsslut.

Om en part önskar att lämna förhandlingarna och inte längre vill nå ett avtalsslut blir det viktigare att tydliggöra det desto längre förhandlingarna pågår. Att ett tydliggörande inte görs

¹⁰⁴ Hultmark C, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal* s. 7

¹⁰⁵ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 98 f.

¹⁰⁶ Sohlberg S, *Ingående av avtal – Back to Basics*, JT 1993-94 s. 658 f.

¹⁰⁷ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 99

skall dock inte medföra att en avtalsbundenhet uppstår utan parten blir endast skadeståndsskyldig för det negativa kontraktsintresset. Det uppkommer således en skadeståndssanktionerad lojalitetsplikt enligt culpa in contrahendo.¹⁰⁸

Lehrbergs syn är att inte godkänna successiv avtalsbundenhet i svensk rätt i den mån att parterna skall betraktas som bundna av avtal på de villkor som de är överens om när fullgörelsen inletts, för att därefter successivt bli bundna av senare förhandlingsresultat genom stegvis lösning av förhandlingspositionerna. Det är viktigt i sammanhanget att bevara den trygghet som ligger i att veta vad som krävs för att ett avtal skall uppkomma. Han menar dock att för att kunna bestämma om avtal uppkommit skall förhandlingarna bedömas som en helhet för att avgöra om enighet uppnåtts om avtalsslut eller om villkoren för avtalet. Vid ett sent förhandlingsskede, då den ena eller båda parterna har påbörjat fullgörelsen av avtalet, finns det risk för att ett avtal uppkommit genom konkludent handlande, så är dock inte alltid fallet.¹⁰⁹

5.4.4 Analys

Om fenomenet successiv avtalsbundenhet existerar i svensk avtalsrätt är oklart. Då avtalsparterna inleder förhandlingar är det emellertid av stor vikt att veta när avtalsbundenheten inträffar mellan dem, således är det en ytterst viktig fråga för avtalsrätten att ta ställning till. I avtalsförhandlingar spelar förutsebarheten en viktig roll och att rättsläget är otydligt innebär en fara för rättssäkerheten. Oenigheten i doktrin samt bristande praxis på området blir följaktligen problematisk. Som jag anförde ovan har norsk praxis¹¹⁰ erkänt successiv avtalsbundenhet men ingen klar linje finns ännu att finna i den svenska rätten. Den svenska domstolen tenderar istället att omformulera den successiva avtalsbundenheten i form av passivitet eller konkludent handlande som avtalsform vid ställningstagande i frågan. För att på bästa sätt tillgodose parternas behov av rättssäkerhet hade det behövts tydliga regler, antingen vägledande praxis eller ett införande av en lagregel i avtalslagen som talar om vad som gäller. Huruvida jag anser att min föreslagna lagregel eller ställningstagande i praxis skall erkänna successiv avtalsbundenhet eller ej är en komplex fråga att ta ställning till. Det

¹⁰⁸ Lehrberg B, *Avtalsrättens grundelement* s. 107

¹⁰⁹ A.a. s. 107 f.

¹¹⁰ Vinagent – dommen Rt 1998 s.946 jfr. Rt 1987 s. 1205, Rt 1991 s. 1171 och Rt 1996 s. 415

finns både för- och nackdelar med att avtalsbundenhet inte uppkommer förrän det slutliga avtalet kommit till stånd.

Avtalsfriheten är en av avtalsrättens grundpelare och medelst denna kan en part när som helst dra sig ur avtalsförhandlingar. Genom att erkänna successiv avtalsbundenhet begränsas den möjligheten som en part själv har att bestämma om han önskar att ingå avtal eller ej. Avtalsfriheten innebär emellertid också en flexibilitet för parterna vilket medför att det skall finnas möjlighet, att likt det Grönfors menar, skapa ett dokument och stegvis låsa sina förhandlingspositioner. Jag menar dock att detta måste vara mycket tydligt utsatt mellan parterna vad ett sådant avtal skall få för rättsverkningar för att inte rättssäkerheten skall bli lidande. För lika viktigt som flexibiliteten i avtalsrätten är rättssäkerheten och möjligheten att kunna förhandla utan att hamna i en situation då parterna blir låsta till ett avtal som de inte hade tänkt sig.

Parterna har en möjlighet att utnyttja sin avtalsfrihet för att själva kunna styra över hur de blir bundna till ett avtal. Om en part vill vara aktsam och inte önskar att binda upp sig är frånvaron av förpliktelser förmodligen en premiss för att parten över huvud taget skall förhandla. Parterna kan då bestämma att avtalsbundenheten inte inträder förrän ett färdigt, slutgiltigt undertecknat avtal men det blir i själva verket förfarandet avtalad skriftform. Skall en part däremot sätta igång förberedelse eller fullgörande av avtalet kan denne behöva känna en större säkerhet. Vill parterna ha en större trygghet och en högre grad av lojalitetsplikt mellan dem kan de, genom att nyttja avtalsfriheten, bestämma att de skall ha någon form av bindande föravtal eller en oförbindande avsiktsförklaring (letter of intent). I de fall parterna önskar en successiv avtalsbundenhet finns det möjlighet att formulera avtalet på så vis att de blir bundna av ett tidigt avtal där de uttryckligen formulerar att förhandlingarna skall fortsätta om detaljerna i avtalet. Då växer avtalets innehåll fram, inte bundenheten. Den part som vill undvika konflikter längre fram i förhandlingarna kan försöka se till att så mycket som möjligt framgår av det första avtalet. De mest uppenbara riskerna med det här förfaringssättet är att en part drar sig ur avtalet, antingen uttryckligen eller genom att försvåra de kommande förhandlingarna angående avtalets detaljer. Skulle en part bete sig på detta sätt kan denne tänkas bli skadeståndsskyldig för culpa in contrahendo. Ett resonemang kring att parterna skall utnyttja sin avtalsfrihet för att få önskad verkan av sina förhandlingar ställer dock krav på att parterna under det prekontraktuella stadiet enas om vad förhandlingarna skall få för rättslig betydelse. Även om det kan tyckas vara upp till parterna, att medelst avtalsfriheten,

komma överens om när avtalsbundenheten inträffar måste det råda rättssäkerhet i de fall då det är oklart vad de har bestämt.

Det är viktigt att parterna inte skall avstå från att förhandla med anledning av rädsla för att bli bundna till ett oönskat avtal. För att erhålla effektiva förhandlingar och inte undertrycka affärsklimatet är det nödvändigt att avtalsparterna erhåller ett visst handlingsrum utan att riskera skadeståndsansvar eller avtalsbundenhet vid förhandlingar. Det kan å andra sidan te sig orimligt om parterna deltar i förhandlingar under en lång tidsperiod och den ena parten anser sig obunden av ett nästan helt färdigt avtal. Förhandlingar som inte leder till avtal kan vara tidsödande och kostsamma och det kan då vara önskvärt att erkänna successiv avtalsbundenhet för att på så sätt skydda en part mot att motparten ingår förhandlingar utan en seriös intention. Det skulle kunna diskuteras kring att det i ett avtalsslut finns ett vidsträckt prekontraktuellt ansvar. Det finns en risk att en part missbrukar det prekontraktuella stadiet vilket gör att avtalsslutsreglerna påverkas negativt, således kan man argumentera för att det finns ett intresse, både ur samhälls- och partsperspektiv, att skärpa dessa. Ur ett rättsekonomiskt perspektiv blir emellertid kostnaderna högre då parterna tvingas in i ett oönskat avtalsförhållande. För att näringslivet skall gynnas är det således viktigt att parterna har tydliga och förutsebara regler vid förhandlingar. Det är dock tveksamt om näringslivet skulle ha så stor nytta av att konstruera en ny grund för avtalsbundenhet att det skulle vara motiverat att erkänna förfarandet successiv avtalsbundenhet i svensk rätt. Enligt min mening skall förhandlingarna vara till för att diskutera fram avtalsinnehållet utan att riskera avtalsbundenhet, det skall således vara fritt för parterna att hela tiden frånträda avtalet.

Emellertid är inte den primära frågan huruvida successiv avtalsbundenhet föreligger eller ej utan vid vilken tidpunkt det skall anses att ett avtal har uppstått. Om det inte finns ett avtal i botten kan inga rättsverkningar utkrävas. Några sådana bestämmelser går inte att finna i avtalslagen men det finns mer utförligt reglerat i t.ex. köplagens regler. I grund och botten tror jag att Grönfors och Ramberg har mer likartade åsikter än vad de själva inser men att de diskuterar något olika saker. För egentligen handlar frågan om att det antingen finns ett avtal eller så gör det inte det. Det kan, enligt min mening, inte existera något ”halvt avtal” lika lite som att en part kan vara ”halvbunden” till ett avtal. Finns det ett avtal så är parterna bundna av detta och rättsverkningar kan utkrävas. Skulle det inte finnas ett avtal kan ingen av parterna varken bli bundna av avtalet eller tvingas fortsätta arbeta mot att ett eventuellt oönskat avtal sluts. När skall då ett avtal ansetts ha kommit till stånd? Någonstans måste linjen dras. Det

kan bli krystat att försöka se förhandlingsbud enligt avtalslagens anbud och accept begrepp, istället torde parternas beteende under förhandlingarna bli avgörande och har t.ex. ett fullgörande av avtalet inletts skulle jag betrakta det som en stark indikation på att en avtalsbundenhet har uppkommit. Att betrakta parternas agerande som det avgörande ligger också i linje med UNIDROIT:s synsätt.¹¹¹ Genom att anta Grönfors syn, med erkännande av successiv avtalsbundenhet i svensk rätt, finns det enligt min mening risk för större osäkerhet och tvister än om man antar Rambergs mer restriktiva synsätt. Om parterna blir bundna successivt med trappvis ökande bundenhet, när blir då parterna helt bundna av avtalet? Förfarandet innebär att det blir svårt att dra en gräns och utkräva rättsverkningar.

Detta innebär dock inte att en part som efter långdragna förhandlingar väljer att avstå ingåendet av ett avtal inte riskerar skadestånd enligt culpa in contrahendo. Detta skall emellertid tillämpas restriktivt.

Min åsikt är att tillåta successiv avtalsbundenhet endast om parterna använt sin avtalsfrihet och uttryckligen avtalat om det. Jag anser också att det hade varit önskvärt att införa en uttrycklig lagregel i avtalslagen, alternativt en klar linje i praxis om detta.

6. Kort om letters of intent och dess rättsverkningar

Ett letter of intent eller den svenska termen *avsiktsförklaring* är en form av avtal som uppstår innan parterna kommit fram till det slutliga avtalet. Det är vanligt förekommande vid större avtalsförhandlingar. Vanligen innehåller ett letter of intent en förklaring att parterna i framtiden avser att sluta ett avtal och många gånger drar parterna upp huvuddragen och vad de avser för det kommande avtalet.

I doktrinen görs en skillnad mellan rena och orena avsiktsförklaringar. Orena avsiktsförklaringar innebär att de innehåller juridiska förpliktelser, t.ex. ansvar om kostnader, skilje- eller sekretessklausuler. Med rena avsiktsförklaringar menas dokument som inte innehåller några juridiska förpliktelser. Huruvida rena avtalsförklaringar utan bindande

¹¹¹ UNIDROIT Principles Art. 2.1.1. (*Manner of formation*) "A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement." <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>

klausuler ger upphov till rättsverkningar råder det oenighet om i doktrinen.¹¹² Det torde dock bero på dess lydelse, omständigheterna vid tillkomsten, vad en part har fog att räkna med samt vid vilken tidpunkt det är tecknat.¹¹³ Anledningen till att det mellan parterna upprättas ett letter of intent kan vara olika. I vissa fall är tanken enbart att det skall få en förhandopsykologisk verkan och i så fall finns det starka skäl att inte tillmäta det någon rättslig betydelse.¹¹⁴ Ett letter of intent kan reglera ett sekretessåtagande och eftersom sekretessåtagandet är ett avtal i sig så utgår skadestånd p.g.a. avtalsbrott om en part skulle bryta mot det.¹¹⁵

Vid komplicerade avtal med många förhandlingar är det vanligt att avtalsinnehållet successivt utvecklas och att parterna fastslår sina förhandlingspositioner steg för steg. Huruvida en avtalsbundenhet uppstår innan avtalsförhandlingarna avslutats, är beroende på vad parterna direkt eller indirekt tänkt sig med avtalsbundenheten. Om tanken är att avtalsinnehållet slutligen skall bli ett skriftligt kontrakt, krävs det oftast att kontraktet undertecknats innan parterna anses vara bundna av avtalet.¹¹⁶ Om parterna inte önskar att bundenhet skall förekomma i ett förstadium till avtalet är det därför säkrast att klargöra att de inte önskar vara bundna förrän de undertecknat ett slutgiltigt avtalsdokument, d.v.s. avtalad skriftform.¹¹⁷

I *NJA 1990 s. 745* ansåg HD att en avsiktsförklaring tillsammans med andra omständigheter kan medföra att skadeståndsansvar uppkommer. Detta trots att det ifrågavarande brevet p.g.a. sitt innehåll och tillkomst inte ens ansågs vara en avsiktsförklaring eller ett letter of intent. Likaså uppkommer skadeståndsansvar i de fall då parten bryter mot lojalitetsplikten i samband med avtalsförhandlingar. I detta fall synes HD acceptera att utdöma skadestånd i samband med culpa vid avtalsförhandlingar, samt att utkräva en förstärkt lojalitetsplikt ju längre förhandlingarna har fortgått även om ett bindande avtal inte uppkommer i slutändan. Det skall dock observeras att det är relativt sällan som skadestånd utdöms vid

¹¹² Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 122 f.f.

¹¹³ Nelson – Bülow H, *Från förhandling till avtal strategi, taktik och juridik* s. 26

¹¹⁴ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 66 f.

¹¹⁵ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 122 f.f.

¹¹⁶ Ramberg C, Ramberg J *Avtalsrätten en introduktion* s. 37

¹¹⁷ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 68.

prekontraktuella förhållanden, trots att en part brutit mot gott affärsskick.¹¹⁸ HD:s synsätt stämmer väl överens med Adlercreutz uppfattning att lojalitetsplikten mellan parterna skulle kunna anses vara förstärkt genom en ömsesidig avsiktsförklaring och om en part då åsidosätter lojalitetsplikten skulle skadeståndsskyldighet kunna uppstå.¹¹⁹

6.2 Analys

Huruvida rena avsiktsförklaringar skall innebära rättsverkningar i svensk rätt råder det, som sagt, oenighet om i doktrinen. Min åsikt är att de generellt inte i sig skall anses medföra några rättsverkningar utan endast betraktas som en avsiktsförklaring om att parterna någon gång i framtiden avser att sluta ett avtal. Även om jag anser att det skall vara en restriktiv hållning till att ge rena avsiktsförklaringar rättsverkningar måste hänsyn tas till omständigheterna i övrigt. Har en part gjort sig skyldig till culpa in contrahendo, åsidosatt lojalitetsplikten eller uppträtt på ett sådant sätt att konkludent handlande kan anses vara för handen anser jag att en ren avtalsförklaring ändå skall medföra rättsverkningar. Det finns också ett visst stöd för en sådan åsikt i rättspraxis och doktrin(se ovan), rättsläget får dock fortfarande anses som relativt oklart.

7. Prekontraktuella påföljder

7.1 Allmänt

Jag kommer här endast att kort behandla culpa in contrahendo. Även om det möjligen finns andra påföljder som kan aktualiseras vid förstadier till avtalsslut så torde denna vara en av de mest omdiskuterade i doktrinen.

7.2 Culpa in contrahendo

Ingen av parterna är skyldiga att sluta ett avtal när förhandlingarna påbörjas. De kan fritt lämna förhandlingarna utan att uppge något skäl och de kan också föra parallella förhandlingar med andra potentiella avtalsparter utan att tala om det för sina förhandlingsparter. Varje part får ta ansvar för sina förhandlingskostnader, som kan uppgå till

¹¹⁸ Holm A, *Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip* s. 98

¹¹⁹ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 124

stora belopp, och risken det medför om motparten avslutar förhandlingarna utan att något avtal slutits. Det är dock inte tillåtet att vilseleda sin motpart så att denne drar på sig onödiga förhandlingskostnader, förhandlingarna skall föras med god affärsmoral. Ansvar i samband med avtalsförhandlingar är, som diskuterats ovan, inte uttryckligt reglerat i svensk lag.¹²⁰

Den skada som kan åsamkas en avtalskontrahent, när dennes försök att få till ett avtalsslut fallerar, är oftast enbart av ekonomisk art. Det brukar sällan röra sig om person- eller sakskada utan mestadels är det en ren förmögenhetsskada som uppstår och möjligheterna att döma ut skadestånd för en ren förmögenhetsskada i utomkontraktuella förhållanden är mycket begränsade. Skadeståndslagens 4 kap. 1 § är huvudregeln och medför ersättningsskyldighet endast om skadan uppstått genom brottslig gärning. Det finns dock undantag från regeln. Den icke lagfästa rättsgrundsatsen om ersättningsskyldighet vid vårdslöshet i samband med avtalsslut; culpa in contrahendo är ett exempel på ett sådant undantag. Principen är gammal, sedan länge väl etablerad i doktrin och praxis och innebär att det finns möjlighet att erhålla skadestånd om den ena parten varit vårdslös vid avtalsförhandlingar som inte lett till avtal.¹²¹ Begreppet betyder *klandervärt beteende i samband med avtalsslut*. Mellan avtalsparter uppstår en lojalitetsplikt och på samma sätt finns det liknande förpliktelser mellan förhandlingsparter, även om dessa är mindre långtgående.¹²²

Vid culpa in contrahendo blir parten i princip enbart ersättningsskyldig upp till det negativa kontraktsintresset. Det innebär att den skadelidande parten skall hamna i samma ekonomiska situation som om några förhandlingar inte påbörjats eller om dessa hade avslutats vid den tidpunkt då så skulle ha skett om inte motparten betett sig vårdslöst.¹²³ Det innebär att den skadelidande parten har rätt till ersättning för sina utgifter, men inte för saknad handelsvinst.¹²⁴ Det finns dock möjlighet att även andra poster kan tänkas tillkomma.¹²⁵ Normalt vid bristande uppfyllelse av förpliktelse uppstår ett anspråk på att bli kompenserad till samma ekonomiska situation som om avtalet hade slutits och verkställt, men det blir

¹²⁰ Ramberg J, Ramberg C, *Allmän avtalsrätt* s. 63

¹²¹ Lehrberg B, *Avtalsrättens grundelement* s. 112 f.f.

¹²² Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 119

¹²³ Lehrberg B, *Avtalsrättens grundelement* s. 125

¹²⁴ A.a. s. 112 f.f.

¹²⁵ Adlercreutz A, Gorton L, *Avtalsrätt 1* s. 119

alltså inte fallet vid culpa in contrahendo.¹²⁶

7.2.1 Räckvidden av culpa in contrahendo

Vad culpa in contrahendo har för vidare innebörd i svensk rätt är inte helt klart eftersom det inte är en lagfäst rättsgrundsats och det finns relativt få rättsfall. Att culpa in contrahendo innebär att skadestånd skall utbetalas råder det visshet om men det är oklart huruvida någon vidare lojalitetsplikt kan utkrävas.

Därför är det tveksamt om det med stöd av culpa in contrahendo går att göra gällande att en part har en skyldighet att på ett seriöst sätt sträva efter att ett avtal skall uppkomma och inte avbryta förhandlingarna utan orsak.¹²⁷ Finns det å andra sidan en preliminär överenskommelse, kan den medföra en plikt för parterna att samverka med målet inställt på ett kommande avtalsslut och beakta den andras intressen. Detta trots att den preliminära överenskommelsen inte når upp till kraven för ett bindande avtal. Det framgår av *NJA 1978 s 147* som, fast den fick en negativ utgång, visar att en part kan bli skadeståndsskyldig p.g.a. vårdslöst beteende vid förhandlingar, trots att avtalet inte senare kommer att slutas.

Då avtalsförhandlingarna kommit en bit på vägen mot det färdiga avtalet, uppkommer möjligen också ett något vidare krav att inte lämna vilseledande information till motparten och underrätta denne vid ett beslut om att avstå från avtalet, särskilt om motparten haft kostnader för förberedelsen. I motiveringen till *NJA 1990 s 745* (som dock fick en negativ utgång) ges ett visst stöd åt möjligheten att utdöma skadestånd vid förhandlingar, även för culpöst beteende. I rättsfallet hade ett bolag under förhandlingar med L, ingett förhoppningar hos honom att han skulle bli anlita som återförsäljare för vacuumpumpar. Det hade gett L kostnader för marknadsföring av pumparna. Bolaget bestämde sig dock för att inte anlita L som återförsäljare och underrättade L ett par veckor senare om detta. L förde talan om skadestånd p.g.a. dolus, alternativt culpa, in contrahendo, bl.a. med anledning av motpartens uppträdande under förhandlingarna. HD uteslöt inte möjligheten att utkräva skadestånd, trots att varken avtal eller avsiktsförklaring kommit till stånd. Eftersom avtalsförhandlingarna hade kommit så långt hade det uppstått en skyldighet för bolaget att ta hänsyn till att L inte fick

¹²⁶ Lehrberg B, *Avtalsrättens grundelement* s. 112 f.f.

¹²⁷ A.a. s.117 f.

onödiga kostnader då det inte skulle slutas något återförsäljningsavtal. Det som blev avgörande var om motparten betett sig på ett illojalt sätt, exempelvis genom att inte upplysa om betydelsefulla omständigheter. HD ansåg att det inte skulle utgå något skadestånd p.g.a. att det i L:s fall inte visats ett kausalsamband mellan försummelse och skada eftersom det inte hade uppkommit någon skada för L under de fyra veckor som motparten dröjde med att underrätta honom. Även om det inte utdömdes något skadestånd i *NJA 1990 s 745* så framgår det att det finns en skyldighet att snarast meddela förhandlingsparten om avtal inte kommer till stånd.

Om en part riskerar att göra avsevärda förluster p.g.a. att motparten lämnat vilseledande information om möjligheterna att få ett avtalsslut aktualiseras också ett skadeståndsansvar. I *NJA 1963 s 105* utgick skadestånd intill det negativa kontraktsintresset då en part felaktigt utgått från att ett avtal kommit till stånd och ådragit sig utgifter till följd därav. Den skadeståndsskyldige parten skulle ha klargjort för förhandlingsparten att det inte fanns ett bindande avtal. HD var överens i principfrågan, att skadestånd kan utgå med anledning av culpa in contrahendo. Om domen var endast två ledamöter förenade, en ledamot ville att skadestånd skulle utgå efter det positiva kontraktsintresset och två ogillade yrkandet p.g.a. att de inte ansåg att beteendet varit vårdslöst. I fallet förhandlade affärsmannen E, om anställning som VD ett colombianskt aktiebolag, med G som var en av huvuddelägarna i aktiebolaget. Mellan G och E fattades en preliminär överenskommelse men för att denna skulle bli giltig krävde colombiansk lag bolagsstämmans godkännande vilket inte skedde. E yrkade skadestånd av G för utebliven lön och för övriga kostnader. HD fann att G var ersättningsskyldig p.g.a. att han vid förhandlingarna betett sig som att han hade stort inflytande som styrelseledamot i företaget (även om han inte själv kunde fatta beslut). Det hade också haft en stor betydelse att G skickat ett telegram om att E skulle infinna sig hos företaget för arbete, fast bolagsstämman senare skulle bekräfta anställningen. E hade därigenom blivit vilseledd angående möjligheterna att få anställning som VD i aktiebolaget. E hade lagt ned sin verksamhet och flyttat till Colombia. HD fann att G:s beteende var att anses som vårdslöst och att E var skadeståndsberättigad intill det negativa kontraktsintresset. Det innebar att E fick ersättning för förlorad inkomst från sin tidigare affärsrörelse samt ersättning för utgifter för flyttning, resor och dylikt men han fick ingen kompensation för att han inte fått den nya anställningen. Med andra ord så utgick skadestånd så att E hamnade i samma ekonomiska läge som om han inte hade blivit vilseledd.

Vid vårdslöst bevitnande, eller vårdslöst möjliggörande av falsk namnteckning kan också skadeståndsansvar aktualiseras.¹²⁸ Exempel på detta är *NJA 1901 s 129* då två omyndiga personer blev skadeståndsskyldiga för bevitnande av falsk namnteckning.

8. Det prekontraktuella stadiet – en avslutande kommentar

Lagmodellens utformning där ett anbud som i sin helhet besvaras med en accept överensstämmer oftast inte med dagens kommersiella avtal som föregås av långdragna och komplexa förhandlingar. Detta innebär att det prekontraktuella stadiet har fått en central roll och ställer höga krav på avtalsparterna. De lege ferenda uppkommer således frågor kring faktorer som lojalitetsplikt och avtalsbundenhet under förhandlingar som borde hamna mer i fokus för regleringen av avtals ingående. Generellt har den svenska avtalsrätten en restriktiv hållning till successiva förpliktelser och gradvis bundenhet. I det praktiska affärslivet har, medelst avtalsfriheten, nya rättsliga principer utvecklats som skiljer sig från lagmodellens regler. För att inte verka bakåtsträvande på den samhällsliga utvecklingen har dessa nya avtalsrättsliga modeller erhållit viss acceptans av rättsväsendet. Konsekvensen blir dock en rättsosäkerhet, där bristande praxis och motstridande åsikter i doktrinen skapar ett oklart rättsläge på stora delar av de prekontraktuella stadiet. Det råder således en stor diskrepans mellan den avtalsrättsliga regleringen och hur avtal de facto uppkommer i dagens praktiska affärsliv.

Eftersom lagmodellen förutsätter att förhandlingsprocessen mellan avtalsparterna är både snabb och oproblematisk tar den inte ställning till de spörsmål som dagens komplexa avtal medför. Den klara skiljelinje mellan ett prekontraktuellt och ett kontraktuellt stadie som varit det traditionella avtalsrättsliga synsättet kommit att utsuddas. Lagmodellen utgår också från att parternas skyldigheter uppkommer vid en bestämd tidpunkt. Dagens avtal är emellertid ofta sådana att en part kan påbörja fullgörelsen av avtalet innan förhandlingarna är avslutande. Det ter sig möjligt att förhandlingar mellan parterna kan medföra att förpliktelser uppstår under tiden som förhandlingarna pågår. Det skulle t.o.m. kunna hävdas att förhandlingsprocessen per se innebär att skyldigheter uppkommer parterna emellan. Det finns ingen särskild förhandlingsordning för avtalsparterna att rätta sig efter, vilket innebär att det är fritt att lägga upp avtalsförhandlingarna på det sätt som parterna önskar. De praktiska

¹²⁸ Hellner J, Radetzki M, *Skadeståndsrätt* s. 94 f.

följderna blir att avtalsparterna inte följer lagmodellen vid förhandlingar sinsemellan och att ett avtal kan uppstå i ljuset av många varianter av förhandlingar. De avtalsmodeller som uppstår och konstrueras av näringslivet skiljer sig avsevärt från lagmodellens vilket är positivt för avtalsfriheten å ena sidan men skapar juridiska problem då konflikter uppstår mellan avtalsparterna.

Under förhandlingarna styrs parterna ofta av tiden samt sociala och ekonomiska överväganden och är många gånger omedvetna om de juridiska följderna som deras handlande medför. Det måste därför kunna gå att förlita sig på att motpartens agerande faller inom vissa affärsetiska mönster och det ter sig som orimligt om det inte skall finnas något avtalsrättsligt skydd för en förhandlingspart. Frånvaron av en tidsenlig avtalsmodell innebär dock att domstolarna inte har en rättvis mall att bedöma när avtalsbundenheten eller förpliktelseerna under förhandlingarna inträffar. De skall genomföra en bedömning med avtalslagens regler som utgångspunkt, regler som inte passar in på dagens kommersiella förhandlingsavtal. Det finns därmed begränsade möjligheter att få en rättssäker juridisk bedömning av förhandlingsprocessen i domstol. Istället kan de uppstå nästan krystade situationer då domstolarna skall tänja ut lagmodellen till att innefatta andra former av uppkomster till avtal. Ur rättssäkerhetsaspekter är det av största vikt att det finns en förutsebarhet i domstolarnas beslut. Dagens rättsläge innebär dock att det finns en liten möjlighet att förutse hur en svensk domstol skulle komma att bedöma ett brott mot lojalitetsplikten under förhandlingar. Eftersom domstolsväsendet är restriktiva i sin hållning att grunda en dom på principer som saknar lagstöd innebär frånvaron av nyttillkommen lagstiftning en hämning av den avtalsrättsliga utvecklingen. Genom att ge lojalitetsplikten de lege ferenda ett större erkännande kan avtal under förhandlingar komma att bedömas mer i ljuset av moraliska överväganden än att försöka urskilja förhandlingsbuden som anbud-accept. Detta hade inneburit en anpassning till den avtalsrättsliga verkligheten där en mycket större variation av avtalsmodeller råder än lagmodellens och medfört en mer konsekvent rättstillämpning.

Det finns begränsade möjligheter att i praktiken sanktionera en part som betett sig illojalt under förhandlingar. Att ställa någon till ansvar enligt principen om culpa in contrahendo är således idag relativt små. Konsekvensen vid en tvist blir att domstolen antingen kan förklara att parterna är i det prekontraktuella stadiet och utdöma skadeståndsansvar upptill det negativa kontraktsintresset enligt culpa in contrahendo eller så finner domstolen att parterna är bundna

till avtalet. Att bli ersatt upptill det negativa kontraktsintresset kan vara en klen tröst i de fall en part tror sig vara försäkrad om att förhandlingarna lett till ett bindande avtal och påbörjat fullgörande av detta. Jag anser att sanktionsmöjligheterna på det prekontraktuella stadiet skall utökas och att det skall vara tänkbart att utdöma skadestånd upptill det positiva kontraktsintresset inom svensk avtalsrätt. Detta skall dock ske med ett restriktivt förhållningssätt.

Avslutningsvis kan ännu en gång betonas att det behövs en utökning av det avtalsrättsliga regelverket så att rättstillämpningen har mer konkreta regler att luta sig tillbaka på. Ett fokus på det prekontraktuella stadiet hade då varit önskvärt för att skapa den rättssäkerhet som förväntas i avtalsprocessen.

Del 3 Avtalslagen de lege ferenda

9.1 Inledning

Utifrån det som tidigare förekommit i arbetet behandlas min avslutande kommentar med en kort redogörelse och analys kring det framtida rättsläget. Först diskuteras den generella frågan kring huruvida avtalslagen behöver moderniseras. Sedan kommer jag att ge mina kommentarer kring hur en av de avtalsrättsliga frågorna, den successiva avtalsbundenheten, som jag behandlat utförligt tidigare i arbetet kan regleras i den svenska rätten och visa exempel ur avtalslagen 2010.

9.2 Sveriges reservation till CISG andra del

För ungefär 20 år sedan ratificerade Sverige CISG men med reservation för konventionens andra del om ingående av avtal. CISG är en kompromiss mellan löftes- och kontraktsprincipen och Sverige tillämpar som sagt löftesprincipen. Sverige och de nordiska länderna är de enda som reserverat sig mot denna del. Med strävan om harmonisering kring avtalsrätten inom Europa samt den allt viktigare globala handeln ses Sveriges reservation som bakåtsträvande. Avtalet är främst till för att tillgodose ekonomiska intressen och det finns en risk för att andra länder undviker att handla med de nordiska länderna eftersom det blir mer komplicerat att sätta sig in i en annan avtalsrättslig lagstiftning. En enhetlig avtalsrättslig reglering underlättar den gränsöverskridande handeln.

I Nordiska ministerrådets betänkande anser utredaren Kleinemann att Sverige skall ansluta sig till CISG. Likaså Lehrberg ställer sig positiv till detta men menar att det inte behövs någon ny lag utan att den kan införas genom att ändringar görs i lagen om internationella köp. Lehrberg anser att eftersom CISG vunnit ett sådant genomslag är det knappast lämpligt för Sverige att ställa sig utanför någon del av regelverket.¹²⁹

Sverige har dock nyligen börjat ändra ståndpunkt och i år (2011) överlämnades en proposition till riksdagen angående att Sverige skall anta den andra delen av CISG.¹³⁰ Detta får anses vara

¹²⁹ <http://www.bertlehrberg.se/>

¹³⁰ Prop. 2010/11:97 *Slutande av avtal vid internationella köp av varor*, <http://www.riksdagen.se/webbnav/?nid=3154&rm=2010/11&bet=CU28>

ett steg på vägen mot att modernisera och harmonisera den svenska avtalsrätten. Med tanke på att avtalslagen inte reglerar avtalsslutande på andra sätt än genom lagmodellens anbud och accept mekanism har det lett till att det inte så ofta hänvisas till svensk rätt i lagvalsklausuler vid internationell handel. Detta missgynnar såväl svenska företag som svenska jurister. Med detta i åtanke framstår det som förvånande att Sverige inte tidigare anslutit sig till den andra delen av CISG då den svenska rätten hade behövt en bättre anpassning till den internationella utvecklingen.

9.3 Behövs en ny avtalslag?

Den svenska avtalslagen firar snart 100 års jubileum och förutsättningarna för att ingå avtal idag skiljer sig avsevärt från hur det var vid 1900-talets början. Vid avtalslagens tillkomst var den kommersiella tekniken för avtals ingående, till skillnad från idag, enkel vilket gjorde det möjligt för lagmodellen att få en relativt allmän räckvidd. Teknikens snabba frammarsch öppnar upp en helt annan värld av kommunikation och därmed också nya avtalsrättsliga problem. Avtalslagens första kapitel var från första början ett förslag till en ny köplag och fokus låg på att reglera köp och försäljning av basvaror inom grosshandeln genom utväxling av telegram eller brev. Trots detta har lagmodellen fått en generell tillämplighet och man har sökt ledning i den vid frågor inom hela förmögenhetsrättens område. Lagskrivarnas tanke med lagmodellen var dock att dess omfattning skulle vara något snävare.¹³¹ Detta medför att avtalsrätten till stor del idag bygger på omfattande praxis och rättsliga principer och det finns en hel del olösta problem där varken doktrin eller praxis ger vägledning, därmed blir tydligheten och förutsebarheten lidande. Avtalslagen har kritiserats i doktrinen; den betraktas som gammal och omodern.

Bengt Lehrberg menar att under den första halvan av 1900 – talet, då den gamla tyska begreppsjuridiken mötte den moderna skandinaviska pragmatismen nådde den nordiska avtalsrätten sin teoretiska höjdpunkt. Idag sker lite forskning inom avtalsrätten och den forskning som görs är riktad mot det praktiska rättslivet och berör inte i samma grad de teoretiskt svåra avtalsrättsliga frågorna. Den forskning som finns idag anser han inte vara tillräcklig för en ny avtalslag och han ställer sig inte heller positiv till att utvidga den befintliga¹³²

¹³¹ Grönfors K, *Avtalslagen* s. 56 f.

¹³² Lehrberg B i *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten* s.44 f.f

Ramberg trycker på att den gamla avtalslagen från 1915 är delvis obsolet vilket får till följd att domstolarna har svårigheter att få paragraferna att passa in i det moderna samhället. Dessutom saknas viktiga regler i 1915 års avtalslag, t.ex. om culpa in contrahendo, avtalstolkning, avtalsbrott, påföljder, reklamation, tredjemansavtal och standardavtal.¹³³

Min åsikt är att det inte skall genomföras en omprövning av hela avtalslagen utan att den endast skall utvidgas till att omfatta vissa rättsliga principer och förtydliganden. Det skall hållas i åtanke att avtalslagen har bestått i nästan 100 år och varför då ändra på ett vinnande koncept som man vet att, och hur, det fungerar i praktiken? Jag delar också Håstads åsikt i att avtalslagen varken har förhindrat eller förhindrar en modernisering av avtalsrätten. Domstolarna har kunnat behandla problem som inte löses av lagstiftningen utan att lagen känns begränsande.¹³⁴ Genom att lämna en del frågor åt utveckling i rättspraxis skapas en flexibilitet som kan vara svår att åstadkomma med lagstiftning. Lagmodellens elasticitet medför en möjlighet till anpassning i situationer som inte direkt faller in under det ursprungliga tillämpningsområdet. Avtalslagens regler för avtalsslut är dispositiva till sin karaktär vilket underlättar vid gränsöverskridande handel, då de kan ge vika för handelsbruk och sedvänja. Man kan dock ställa sig frågande till meningen med att ha en lagmodell som till stor del inte efterföljs i affärslivet. Luckorna i lagen är många och fylls ut av doktrin vilket ger en stor makt till enskilda aktörer samt en splittrad bild av rättsläget. Det krävs, som sagt, förtydliganden och lagen behöver utvidgas. Eftersom vissa andra länder har mycket modernare och tydligare avtalslagar än vad Sverige har idag tror jag att det hade gynnat såväl vår rättssäkerhet och rättsskipning som vårt näringsliv med en tydligare avtalslag.

Vid skapandet av en reviderad avtalslag bör största försiktighet iakttas. Varken strukturen eller terminologin anser jag behöver revideras. Genom att behålla lydelsen i princip oförändrad undviks nya rättsliga problem och lagstiftningsarbetet kan koncentreras på att utarbeta det nya innehållet i lagen. Jag tror också att det är viktigt att ta hänsyn till samma grundläggande syften vid skapandet av den reviderade avtalslagen som beaktades vid skapandet av 1915 års lag, d.v.s. att skydda tillit och god tro i omsättningen. Hänsyn skulle också tas till den stora utbredning som standardavtal har fått. Precis som den nya köplagen till stor del har influerats av standardavtalens utformning¹³⁵ kan det tänkas att de skulle kunna ha

¹³³ Ramberg C, *Kurragömmaleken är över*

¹³⁴ Håstad T, *Reformering af de nordiske aftalelove?* S. 249

¹³⁵ Håstad T, *Den nya köprätten* s. 33 f.

en positiv inverkan på skapandet av en reviderad avtalslag.

I doktrinen återfinns idéer kring hur avtalslagen skulle kunna moderniseras. Ett sådant försök är avtalslagen 2010 av Christina Ramberg som finns elektroniskt på www.avtalslagen2010.se. Det är en modernare variant av avtalslagen och innefattar många rättsliga problem som inte återfinns i 1915 års lag, exempelvis vad som gäller vid avtalsbrott, fastställande av avtals innehåll och culpa in contrahendo. Tanken är att den skall underlätta för praktiserande jurister i Sverige, att de enkelt skall kunna få reda på vad som är gällande rätt utan att behöva spendera lång tid på att sätta sig in i doktrin och praxis. Eftersom avtalslagen 2010 inte antagits av Sveriges riksdag så är den inte en lag i rättslig mening men den skulle ändå i framtiden kunna komma att erhålla en hög dignitet då den är modern och tar upp flera avtalsrättsliga frågor som inte behandlas i 1915 års lag.¹³⁶ Det är dock viktigt att ha i åtanke att den är skriven av en person och inte är granskad på samma sätt som en antagen lag är. I doktrinen har den kritiserats bl.a. för att inte falla under definitionen av en rättskälla¹³⁷. En viss grad av försiktighet bör således iakttas vid användandet av avtalslagen 2010. I avtalslagen 2010 behandlar Ramberg inte successiv avtalsbundenhet uttryckligen men det återfinns i hennes kommentarer som huvudsakligen innehåller hennes ståndpunkt, som jag redogjort för i tidigare avsnitt, att det inte går att bli successivt bunden av ett avtal. Således finns inte ett uttryckligt stadgande i hennes lagtext om att avtalsbundenhet inte kan uppkomma successivt men det går att hitta på ett lättöverskådligt sätt i kommentarerna.¹³⁸

I mångt och mycket handlar juridiken om att finna lämpliga lösningar för de värderingarna i rättsordningen som man bedömer väger tyngst. Som jag anført under 7.4, med de skäl som jag redovisar där, anser jag att successiv avtalsbundenhet inte skall erkännas i svensk rätt såvida inte parterna uttryckligen har avtalat om det. Förhandlingar kommer förmodligen även i framtiden vara ett vanligt förekommande fenomen och om avtalslagen revideras skulle det vara önskvärt att, bl.a., ta in ett förtydligande om det går att bli successivt bunden till ett avtal. Även om jag skulle vilja gå så långt som att ta in en uttrycklig, dispositiv, lagregel angående successiv avtalsbundenhet är avtalslagen 2010 en lättöverskådlig katalog som, med viss försiktighet, kan användas som uppslag och inspiration till dess att den reviderade avtalslagen

¹³⁶ Ramberg C, <http://www.avtalslagen2010.se/About>

¹³⁷ Dahlman C, *"Avtalslagen 2010" är inte en rättskälla*

¹³⁸ Ramberg C, www.avtalslagen2010.se, kommentaren till 2.1

förhoppningsvis kommer till stånd. Det ser emellertid inte ut som att vi kan förvänta oss en modern avtalslag innan 2030.¹³⁹

¹³⁹ Ramberg C, *En ny avtalslag*, www.christinaramberg.se

10. Källförteckning

10.1 Offentligt tryck

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. avgivna den 31 jan. 1914 av därtill utsedda kommitterande, Stockholm 1914

Prop. 1989/90:89 Om ny konsumentköplag

Prop. 2010/11:97 Slutande av avtal vid internationella köp av varor

10.2 Litteratur

Adlercreutz Axel, Gorton Lars, *Avtalsrätt 1*, 13:e upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2011

Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt 1*, 12:e upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2002

Adlercreutz Axel, Mulder Bernard Johann, *Avtal – lärobok i allmän avtalsrätt*, Nordstedts Juridik, Stockholm 2009

Tore Almén och Rudolf Eklund, *Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915 samt därav föranledda författningar*, Nordstedt, Stockholm 1915

Ehrenstråle David, *Inledning till den svenska jurisprudentiam civilem (1729)/David Nehrman*, Juridiska föreningen studentlitteratur. Lund 1979

Flodgren Boel, Gorton Lars, Lindell – Frantz Eva, Samuelsson Per, *Avtalslagen 90 år aktuell nordisk rättspraxis*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik, Stockholm 2005

Grauers Per Henning, *Person och avtal – en kortfattad inledning till person- och avtalsrätten*, upplaga 3:1, Liber AB, Malmö 2009

Grönfors Kurt, *Avtal och omförhandling* Nerenius & Santérus Förlag AB, Stockholm 1995

Grönfors Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, 2:a tryckningen, Nerenius & Santérus Förlag AB, Göteborg 1998

Grönfors Kurt, Dotevall Rolf, *Avtalslagen – en kommentar*, upplaga 4:1, Norstedts Juridik, Stockholm 2010

- Hellner Jan, *Försäkringsrätt*, 2:a upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1994
- Hellner Jan, Hager Richard, Persson H. Annina, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, första häftet, särskilda avtal, 4:e upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2006
- Hellner Jan, Radetzki M, *Skadeståndsrätt*, 8:e upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2010
- Holm Anders, *Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, Linköpings universitet 2004
- Hultmark C, *Upplyningsplikt vid ingående av avtal*, Juristförlaget, Stockholm 1993
- Håstad Torgny, *Den nya köprätten*, 5:e upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2003
- Lehrberg Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 2:a upplagan, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Uppsala 2006
- Munukka Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure förlag AB, Stockholm 2007
- Nelson – Bülow Helena, *Från förhandling till avtal Strategi, taktik och juridik*, Studentlitteratur, 2007
- Ramberg Jan och Ramberg Christina, *Allmän avtalsrätt*, upplaga 8:2, Norstedts Juridik, Stockholm 2011
- Ramberg Jan och Ramberg Christina, *Avtalsrätten – en introduktion*, Norstedts Juridik, Stockholm 2010
- Sandgren Claes, Aarnio Aulis, Haarala Soili, Hollander Anna, Lehrberg Bert, Marcusson Lena, Nordborg Gudrun, Hannu Tolonen, *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, Upplaga 1:1, Nordstedts Juridik, Stockholm 1993
- Sohlberg, Stig. *Ingående av avtal – Back to Basics*. Juridisk Tidsskrift 1993-94
- Vahlén Lennart, *Avtal och tolkning*, 2:a tryckningen, Nordstedt, Stockholm 1966

10.3 Elektroniska källor

<http://www.avtalslagen2010.se/>, hämtat den 20 juni 2011

Bundesministerium der Justiz, http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__154.html, hämtat den 20 juni 2011

Dahlman Christina, "*Avtalslagen 2010*" är inte en rättskälla, Dagens Juridik, <http://www.dagensjuridik.se/2010/11/avtalslagen-2010-ar-inte-en-rattskalla>, publicerat 15 november 2010, hämtat den 20 juni 2011

Håstad Torgny, *Reformering af de nordiske aftalelove?*, http://jura.ku.dk/njm/32/32_09.pdf, hämtat den 20 juni 2011

Lehrberg Bengt, *Antag internationella köplagens regler om avtalsslut – men blunda inte för komplikationerna!*, http://www.bertlehrberg.se/?page_id=175

Persson Ingemar, Karnov lagkommentar, <http://www.westlaw.se.ezproxy.ub.gu.se/>, hämtat den 20 juni 2011

Ramberg Christina, *En ny avtalslag*, www.christinaramberg.se, hämtat den 29 november 2011

Ramberg Christina, *Kurragömmaleken är över*, Dagens Juridik, <http://www.dagensjuridik.se/2010/11/avtalslagen-2010-kurragommaleken-ar-over>, publicerat 1 november 2010, hämtat den 20 juni 2011

Schmidt Folke, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*, Överläggningsämne vid det tjugofjärde nordiska juristmötet, www.jura.ku.dk/njm/24/24_18.pdf, hämtat 28 november 2011

Sveriges Riksdag, Civilutskottet, 2010/11:CU28, *Slutande av avtal vid internationella köp av varor*,

<http://www.riksdagen.se/webbnav/?nid=3154&rm=2010/11&bet=CU28>, hämtat den 28 november 2011

Unidroit Principles of international commercial contracts, <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>, hämtat den 20 juni 2011

10.4 Rättsfall

10.4.1 Högsta domstolen

NJA 1893 s. 275

NJA 1901 s. 129

NJA 1921 s. 357

NJA 1930 s.131

NJA 1962 s. 276

NJA 1963 s. 105

NJA 1977 s. 92

NJA 1978 s. 147

NJA 1981 s. 323

NJA 1990 s. 745

NJA 2000:747

NJA 2004 s. 862

NJA 2006 s. 638

10.4.2 Hovrätterna

RH 1990:20

10.4.3 Arbetsdomstolen

AD 1994 nr. 137

10.4.4 Norge

Rt 1987 s. 1205

Rt 1991 s. 1171

Rt 1996 s. 415

